

**NUEVOS RUMBOS
EN LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA**

Esta publicación es posible gracias al auspicio de Novib y Diakonía

CONTENIDO

Bogotá, Colombia, diciembre de 2000
© ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia
Tels.: 2455955, 2884772, 2884437
Fax: 2884854
Correo electrónico: silsa@col1.telecom.com.co
Página web: www.ilsa.org.co

Edición: Olga Lucía Pérez
Revisión de textos: María José Díaz Granados
Diseño y preparación editorial: Marta Rojas
Impresión: Dupligráficas

Quo vadis, Justitia?	7
Globalización, reforma judicial y Estado de derecho: El regreso de los programas de derecho y desarrollo	13
CÉSAR RODRÍGUEZ	
Poder judicial comunal: alternativa de paradigma en los procesos de reforma judicial El caso de los aymaras del sur andino	51
ANTONIO PEÑA JUMPA	
Juzgado especial criminal de acceso a la justicia para la mujer víctima de la violencia	109
MÔNICA DE MELO	
Directrices del Banco Mundial para la reforma judicial de América Latina	137
CRISTINA CARVALHO PACHECO	
En busca de justicia en los tiempos de las reformas judiciales: estudios de caso en Colombia, Perú y Venezuela	181
LUIS CARLOS ARENAS, GABRIEL IGNACIO GÓMEZ	
Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial es el Perú	229
RAQUEL YRIGROYEN FAJARDO	
Una justicia de cara al ciudadano	259
LUIS PAULINO MORA MORA, NANCY HERNÁNDEZ LÓPEZ	

¿Quo vadis, Justitia?

En los últimos veinticinco años, las instituciones políticas en América Latina han sido sometidas a una profunda remodelación. Al centro de estos cambios está la necesidad de adecuarse a las demandas de la liberalización e internacionalización económicas. Del conjunto del Estado, la judicial es tal vez la rama que ha sido sometida a la refacción más generalizada.

De tiempo atrás, ILSA se ha preocupado por este proceso. En el último quinquenio ha impulsado un foro permanente sobre la política de la banca multilateral frente a la administración de justicia. En este foro electrónico se relacionan más de ciento cincuenta investigadores y operadores jurídicos de varios países de América Latina. En el año 2000, ILSA promovió el Concurso Internacional de Ensayo sobre la Reforma a la Administración de Justicia. Esta iniciativa debía enriquecer la comprensión de las determinaciones de este proceso, de sus modalidades y de su proyección. En consecuencia, las bases se diseñaron para propiciar múltiples miradas y diversos acercamientos.

Con satisfacción dedicamos este número de nuestra revista EL OTRO DERECHO a la presentación de los resultados de esta convocatoria. Los trabajos recibidos remitieron a desarrollos particulares que dan una idea regional del proceso; algunos optaron por analizar el conjunto de la reforma. Hay un interés señalado en las perspectivas penal y étnica, y es notorio el poco énfasis de la mayoría de las elaboraciones en las implicaciones de la administración de justicia en las mujeres, con una notable excepción. Sobre esta observación hemos de volver.

Sea el momento de agradecer el trabajo del jurado conformado por la investigadora Alda Facio, el profesor Antonio Carlos Wolkmer, y nuestro compañero Germán Burgos. Su lectura de los textos fue rigurosa, acorde con el respeto que merece el esfuerzo de los concursantes. No hubo ocasión para que el jurado deliberara de modo presencial, por lo que las opiniones de los jurados fueron concordadas y armonizadas por Olga Lucía

Pérez, del equipo de ILSA, a cuyo cargo estuvo la coordinación general del concurso. Igualmente, debemos agradecer a la profesora Esther Sánchez, quien debió fungir de conjuer.

El jurado otorgó el primer premio a César Rodríguez por su ensayo "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo", a juicio de los jurados "un análisis profundo, político, interesante y necesario". El segundo premio fue otorgado a Antonio Peña Jumpa por "Poder judicial comunal: alternativa de paradigma en los procesos de reforma judicial. El caso de los aymaras del sur andino". Los jurados recomendaron para su publicación los trabajos de Cristina Carvalho Pacheco, Mónica de Melo, Raquel Yrigoyen, y los trabajos conjuntos de Luis Carlos Arenas y Gabriel Ignacio Gómez, y de Luis Paulino Mora y Nancy Hernández, ensayos que también publicamos con inmensa satisfacción en este número. Agradecemos su aporte a la mejor comprensión de los procesos de reforma, lo cual redundará en que un día la justicia sea una realidad para las mujeres y los hombres que en América Latina y el Caribe urgen de ella, como necesidad vital.

* * *

La asociación economía y legalidad es recurrente tanto en los teóricos del desarrollo como en la sociología. César Rodríguez, investigador colombiano, parte con razón de considerar que hoy estamos retomando el discurso de la corriente Derecho y Desarrollo que fue impulsada con vigor en los años sesenta y setenta, y que buscaba asegurar un ambiente favorable a los propósitos de los inversionistas y para la operación adecuada del crecimiento. El esfuerzo del autor se orienta a mostrar el decurso histórico de esta corriente, sus limitaciones y efectos en las dos generaciones de reformas que ha propiciado, transcurrir que es interrumpido con los señalamientos críticos a la llamada primera generación por el Centro Internacional Derecho y Desarrollo de Suecia.

En su trabajo Rodríguez muestra las semejanzas y diferencias de una y otra generación. Tienen en común el ser dinámicas exógenas: en buena medida procuran transplantar una concepción del derecho y la justicia correspondiente a otras culturas y otras necesidades. Tal transplante no fue solicitado por nadie, por lo que Gardner puede hablar con razón de una suerte de imperialismo legal. La primera generación se propuso el cambio en los operadores jurídicos por la vía de la reforma de la enseñanza del derecho. La segunda, por el contrario, hará énfasis en la reforma del sistema legal –sólo de contera habría de cambiar la enseñanza–, con lo cual las prioridades se desplazan. Tal modificación se explica por la variación en el contexto que forzaba la adecuación del marco normativo.

La primera generación de reformas se basó en el método socrático y el análisis de casos, al tiempo que veía en el derecho un instrumento y en el abogado un ingeniero social. Estas propuestas fracasaron de manera rotunda. Tal vez llevaron a este fiasco el no tener en cuenta la cultura legal

local y la secundaria circunstancia de que los abogados no se interesaron en el rol que se les proponía. Los críticos cuestionaron la noción de desarrollo que inspira esta propuesta.

Para una concepción alternativa el desarrollo debiera partir de las necesidades de la gente, basarse en dinámicas endógenas y en la autoconfianza de los países del Tercer Mundo, al tiempo que alcanzar un sentido ecológico y asegurar a toda la población el acceso a los recursos naturales y de la economía. Así, un concepto holístico del desarrollo supone una dinámica de abajo hacia arriba y por ello una construcción participativa que integra los esfuerzos de la comunidad local.

La segunda generación de reformas recogerá parte de estas críticas. El neoinstitucionalismo que la inspira hace de la norma un facilitador y no la fuente del derecho. Sin embargo, el objetivo sigue siendo, en esencia, el mismo de la primera generación: proponer reglas estables y predecibles que den seguridad al inversionista, fortalecer la consolidación de la democracia para llegar a un efecto similar, asegurar el acceso de todos los ciudadanos al sistema judicial y mejorar los sistemas de control social. Esta segunda generación escuchará algo más las señales de la comunidad legal local y, en lo posible, propiciará el consenso en torno a sus propuestas.

César Rodríguez nos presenta los rasgos generales de las reformas tomando los proyectos de varios países, deteniéndose en el caso colombiano. En su opinión, en este último la AID, principal fuente de recursos, ha puesto por encima los intereses norteamericanos a los intereses de la justicia local; ha tenido, de otra parte, una preocupación eficientista a ultranza por la obtención pronta de resultados tangibles, y se ha guiado por la creencia etnocéntrica en la validez de las instituciones y las prácticas sajonas.

En su trabajo, César Rodríguez propone que dada la persistencia en enfoques que ya se vieron fracasar y en perspectivas que no consultan las realidades locales es previsible que esta segunda generación de reformas termine en el fracaso. Una reforma judicial debe ser de abajo hacia arriba, teniendo más cuidado en recoger las urgencias y las prácticas de las comunidades locales y nacionales; desde una concepción más exigente de la justicia debe privilegiar la promoción de los derechos económicos y sociales, precisando mecanismos para su exigibilidad; como también debe generarse un sistema eficiente de ayuda legal de modo que las mayorías puedan acceder al sistema judicial y, por último, debe vigorizar las jurisdicciones postergadas como la laboral.

* * *

El profesor peruano Antonio Peña Jumpa formula una propuesta alternativa al monismo del modelo asumido por la reforma judicial. Es el poder judicial comunitario. Para ello nos presenta el contraste entre las ineficiencias notorias de la rama jurisdiccional y la satisfacción de las co-

comunidades aymaras con sus prácticas para administrar justicia. Es precisamente el desconocimiento o, mejor, el no-reconocimiento del contexto pluricultural el que lleva a que las comunidades campesinas e indígenas se tornen resistentes a un modelo que no sólo no les satisface su sed de justicia sino que las niega como sujetos con identidades colectivas.

Para estas comunidades, la justicia del Estado se ha mercantilizado. Los costos son directos, indirectos y de oportunidad. O, en palabras de la gente: “dichos señores cobran muy caro”. Pero es además demorada, con efectos nefastos para los individuos y las comunidades. Es que “les gusta alargar los juicios”. Y por último, pareciera que deliberadamente prologan los conflictos y por ello tardan en ofrecer soluciones. “Al final no resuelven nada”. Por ello recurren preferentemente a su propia justicia, que se basa en otros valores: el honor familiar y el ser colectivo, y que se fundamenta en el compromiso de hacer cumplir las decisiones.

Como lo analiza la también peruana Raquel Yrigoyen en su ensayo “Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú”, varias de las últimas constituciones latinoamericanas han reconocido la pluriétnicidad de nuestras naciones y aceptan las consecuencias de este reconocimiento como la jurisdicción según los propios usos y costumbres, el carácter oficial de las lenguas indígenas e incluso, en algunos casos, la necesidad de constituir entidades administrativas autónomas para estos pueblos. Tales reconocimientos, no cabe duda, son positivos. Sin embargo, son también un desafío: el reconocimiento de la diversidad como riqueza y del pluralismo como perspectiva necesaria implican desmontar la mentalidad monista que aún predomina en los jueces, hacer consciente la especificidad y el valor de los sistemas indígenas de justicia, y capacitar a los operadores para que piensen en términos de pluralismo la articulación de los diferentes sistemas.

Sin duda, una mirada de los sistemas jurídicos no estatales entraña un cambio cabal en materia de paradigmas. La jurisdicción indígena o la comunitaria no pueden verse apenas como instrumentos para descongestionar los despachos o acaso como un ingrediente pintoresco. Es una cultura aún por construir.

* * *

Son frecuentes los incidentes en la deliberación de los jurados. En ocasiones se producen *impasses* que trascienden de manera escandalosa. Esta vez se presentó un disenso significativo que los lectores deben conocer. En opinión de nuestra amiga Alda Facio no debía premiarse a quien se otorgó la segunda distinción por carecer su trabajo de perspectiva de género, la cual no puede estar ausente del análisis social en nuestro tiempo.

Sin duda, no se trata de un aspecto secundario. ¿Cómo integrar esta perspectiva en el análisis jurídico y social, más allá del facilismo de las arrobos o del socorrido recurso al las/los con que algunos se ponen a

resguardo? Ciertamente hemos sido formados en el androcentrismo cuya máxima expresión son los Derechos del Hombre, como facultades y atribuciones de la humanidad, algo más que un particularismo lingüístico. ¿Qué implicaciones de fondo, en la mirada y en la estructura del razonamiento, tiene la superación del androcentrismo?

Ojalá pudiéramos desarrollar un amplio debate sobre estos temas. Esta revista se ofrece como escenario para este ejercicio provechoso. Como sabemos que da para largo, proponemos que el próximo concurso de ensayo (2002) de EL OTRO DERECHO asuma el tema “género y derecho”. Con oportunidad estaremos difundiendo las bases de esta convocatoria.

* * *

“Hemos imitado en exceso y hemos innovado poco”, afirman en su ensayo “Una justicia de cara al ciudadano”, Luis Paulino Mora y Nancy Hernández. Acaso convenga retomar el cuestionamiento fundamental de a quién sirve la justicia que se imparte en nuestros países y cuál es la calidad del servicio que se ofrece. Ojalá los lectores encuentren en este número de EL OTRO DERECHO diversas y sugerentes respuestas a estos interrogantes.

El regreso de los programas de derecho y desarrollo

CÉSAR RODRÍGUEZ*

Introducción

Globalización, reformas jurídicas y Estado de derecho¹

Como lo han mostrado estudios críticos sobre la globalización publicados recientemente (Harvey, 2000; McMichael, 2000), la fase actual de expansión del capitalismo global no es un proceso auto-regulado. De hecho, a pesar de los argumentos del discurso neoliberal sobre la desregulación, que ha servido para alentar el avance de la globalización, la apertura de los mercados alrededor del mundo ha estado basada en el surgimiento de nuevas formas de regulación que han hecho posible la intensificación de los flujos de bienes, servicios y capital a través de las fronteras nacionales. Los procesos que constituyen el fenómeno de la globalización no pueden tener lugar sin la arquitectura jurídica favorable al capital compuesta por instituciones tales como la Organización Mundial del Comercio. Tampoco podrían existir, como Garth y Dezalay (1998) lo han mostrado, sin la ayuda de una legión de abogados especializados en derecho privado internacional al servicio de las empresas multinacionales. En síntesis, le-

Universidad de Los Andes y Universidad de Nueva York (NYU). Este ensayo es un esfuerzo por responder las preguntas y los desafíos que surgieron en conversaciones con Boaventura de Sousa Santos y Gabriel Gómez durante un proyecto de investigación colectivo sobre la justicia en Colombia que fue terminado en 1998, y cuyos resultados fueron publicados recientemente (Santos y García, 2001). Para ellos dos mis sinceros agradecimientos por haber compartido de manera generosa su trabajo sobre la reforma de la justicia en Colombia, y haber apoyado incondicionalmente mi trabajo sobre el derecho y la globalización.

Utilizo la expresión "Estado de derecho" como equivalente aproximado del término inglés "rule of law", que es la expresión corriente en la bibliografía en inglés sobre el tema de este ensayo, para referirme al sistema político y legal en el que gobernantes y gobernados están sujetos al imperio de la ley.

jos de ser marginales, el derecho y las reformas institucionales son particularmente relevantes en el contexto de la globalización.

La importancia de las reformas al derecho para el avance de la agenda neoliberal se ha hecho evidente en los últimos años. En una conferencia reciente seguida por una publicación titulada *Globalization and the Rule of Law*, Jeffrey Sachs –quien como consultor privado y director del Instituto de Desarrollo Internacional de Harvard ha diseñado programas de ajuste estructural alrededor del mundo, desde el que fue implementado en Bolivia a finales de los ochenta hasta el que fue puesto en práctica en Rusia a mediados de los noventa– estableció de manera explícita la relación entre la globalización neoliberal y la promoción de reformas jurídicas encaminadas a fortalecer el Estado de derecho. De acuerdo con Sachs, el Estado de derecho es indispensable para que el mercado funcione adecuadamente, por dos razones distintas. En primer lugar, en la escala nacional, el Estado de derecho provee un ambiente estable para la inversión de capital y una estructura institucional predecible en la que el sistema judicial protege de manera eficiente los derechos de propiedad (Sachs 1999). En segundo lugar, en la escala internacional, un “Estado de derecho global” –cuyo paradigma, para Sachs, es la Organización Mundial del Comercio– garantiza un marco regulatorio que facilita las transacciones de bienes, servicios y capital (Sachs 1999). Por lo tanto, desde esta perspectiva, los países en desarrollo alrededor del mundo deben emprender amplias reformas del derecho y de sus sistemas judiciales encaminadas a fortalecer el Estado de derecho y, así, atraer la inversión extranjera. De forma similar, la comunidad internacional debe continuar desarrollando el marco jurídico incipiente que actualmente garantiza las condiciones de existencia de una economía globalizada.

La visión de Sachs ilustra con claridad el discurso prevalente sobre la globalización y el derecho que tomó fuerza en la década de los noventa. Esta línea de pensamiento –que, como mostraré más adelante, ha tenido influencia en los programas de reforma jurídica iniciados en Latinoamérica en los últimos años con el auspicio de agencias tales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)– ha sido el blanco de críticas de académicos y activistas tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. Como Santos (1998, 1999) lo ha mostrado, a pesar del discurso técnico de neutralidad del que se valen posiciones tales como la de Sachs, las teorías y los programas que proponen reformas al derecho para facilitar la expansión de la globalización pueden ser altamente problemáticos, e incluso pueden ser un obstáculo serio para el uso progresista del derecho. De hecho, tal como es presentado en el discurso dominante, el Estado de derecho consiste en un conjunto de normas e instituciones que garantizan la inviolabilidad de los contratos y de la propiedad privada. En este sentido, dicha versión del Estado de derecho y las reformas judiciales implementadas para reforzarlo hacen parte de lo que

Santos (1999) ha llamado de forma adecuada “democracia de baja intensidad”, esto es, un conjunto de estándares formales que facilitan la acumulación de capital y que no proveen oportunidades para una amplia participación política y para la protección efectiva de los derechos de los marginados. Por lo tanto, el potencial emancipatorio del Estado de derecho –representado, por ejemplo, por disposiciones constitucionales que garanticen derechos y mecanismos de protección que permitan a la ciudadanía combatir los abusos del Estado y las desigualdades económicas, y por un poder judicial activista en la protección de dichos derechos– tiende a ser marginalizado y eventualmente excluido de las teorías y programas de reforma del derecho.

Contra este telón de fondo, poner en tela de juicio dichas reformas se vuelve una tarea necesaria. En el contexto latinoamericano dicha tarea es urgente, dada la proliferación de reformas de los ordenamientos jurídicos encaminadas a transformar instituciones de todo tipo –v.gr., las fiscalías, los consejos superiores de la judicatura, los juzgados y las facultades de derecho–. Como explicaré más adelante, estas reformas han sido implementadas en las dos últimas décadas por los gobiernos de la región con el auspicio y asesoría de instituciones tales como el Banco Mundial, la AID y el BID.

La mejor forma de comenzar a problematizar dichas reformas es ubicándolas en el contexto histórico en el que han surgido. En este ensayo intento contribuir a una perspectiva crítica frente a los discursos y programas de reforma del derecho contemporáneos en América Latina mediante un análisis que los ubica dentro del contexto de las reformas emprendidas en la región desde mediados de los sesenta y que han sido tradicionalmente asociadas a los programas de “derecho y desarrollo” (*law and development*). Lejos de ser un fenómeno nuevo, las políticas actuales de reformas al derecho pueden ser vistas como el resurgimiento del pensamiento y los programas de derecho y desarrollo que, tras su apogeo a finales de los sesenta, entraron en franco declive a mediados de los setenta.

Ubicar las reformas contemporáneas en América Latina en el contexto de la tendencia de derecho y desarrollo contribuye decisivamente a una visión a la vez crítica y constructiva de dichas reformas por dos motivos distintos. En primer lugar, nos permite aprender de las lecciones dejadas por el fracaso de programas similares en el pasado. En segundo lugar, nos ofrece un trasfondo histórico contra el cual podemos responder las siguientes preguntas fundamentales: ¿Qué hay de nuevo en los programas que están siendo promovidos en la región por agencias como el BID y AID?² ¿En qué medida sus fundamentos ideológicos, su diseño y su aplicación son similares o diferentes de los del movimiento de derecho y desarrollo de los años sesenta y setenta? ¿Cómo están relacionados los programas ac-

² AID es la sigla con la que suele referirse a la United States Agency for International Development (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional).

tuales de reforma del derecho en Latinoamérica con la evolución reciente del capitalismo global? ¿Qué oportunidades y obstáculos crean dichos programas para abogados, jueces y otros actores jurídicos y políticos progresistas en la región? Para comenzar a enfrentar estas preguntas, en el resto de esta sección introductoria se ofrece una breve justificación de la relevancia del estudio de las reformas al derecho en el contexto de la tendencia de derecho y desarrollo y se presenta la forma como estará organizado el ensayo.

Las reformas al derecho en contexto: las teorías y los programas de derecho y desarrollo en América Latina

Como lo muestran estudios recientes sobre la relación entre derecho y desarrollo, cualquier escrito sobre este tema en la actualidad tiene que comenzar por ofrecer argumentos convincentes para demostrar su pertinencia (Tamanaha, 1995; Cao, 1997; Chibundu, 1997). De hecho, tomar dicho tema como objeto de análisis y debate público parece ser un anacronismo, dado que generalmente se considera que la corriente de derecho y desarrollo estuvo confinada a un periodo histórico preciso (de principios de los sesenta a mediados de los setenta) caracterizado por las circunstancias políticas de la guerra fría y el dominio ideológico de la teoría de la modernización (Trubek y Galanter, 1974: 1065). Además, tal vez no hay otra área de investigación sociojurídica y de políticas sociales cuya muerte haya sido más documentada –y, con frecuencia, deseada– que la de derecho y desarrollo. En efecto, los estudios más influyentes escritos sobre el tema en los setenta pueden ser vistos como esfuerzos de antiguos defensores de la corriente de derecho y desarrollo por saldar cuentas con el pasado y hacer transición a un periodo diferente, caracterizado por la autocrítica y el escepticismo profundo en relación con el derecho y su papel en la producción de cambios sociales, en general, y en la generación de desarrollo económico a gran escala, en particular (Gardner, 1980; Trubek y Galanter, 1974).

En mi opinión, hay por lo menos dos razones importantes por las cuales es necesario asumir de nuevo el estudio de las relaciones entre derecho y desarrollo en América Latina. En primer lugar, una razón simple y pragmática es que este tipo de estudio debe ser hecho porque se están emprendiendo nuevas políticas de derecho y desarrollo. Como lo explico más adelante, una segunda generación de políticas que conectan las reformas al derecho con el desarrollo económico bajo las condiciones de la globalización está siendo implementada a lo largo y ancho de Latinoamérica. Dichas políticas, que en ocasiones implican una profunda reestructuración de las instituciones de los países de la región, han recibido escasa atención por fuera de los círculos de las agencias promotoras del desarrollo que las financian. Los trabajos recientes sobre derecho y desarrollo consisten, de

una parte, en compilaciones de trabajos críticos que se refieren principalmente a los programas de derecho y desarrollo de los años sesenta y setenta (Carty, 1992; Adelman y Paliwala, 1993) y, de otra parte, en artículos que critican el pesimismo en el campo del derecho y desarrollo, y proponen la construcción de nuevas teorías y programas que tomen en cuenta los errores del pasado. Estos últimos trabajos, sin embargo, tienden a limitarse a formular teorías sobre la relación entre derecho y desarrollo (Tamanaha, 1995; Cao, 1997) o a combinar dichas teorías con una breve alusión a programas de reforma jurídica en el Tercer Mundo que son presentados como si no estuvieran relacionados entre sí (Chibundu, 1995; Gingsburg, 1995).

El segundo motivo para emprender estudios sobre derecho y desarrollo al comienzo del nuevo siglo, y ubicar las políticas de reforma al derecho en América Latina en este contexto es que el desencanto con dicha corriente en los setenta surgió en buena medida de acontecimientos que tuvieron lugar en Estados Unidos, esto es, las consecuencias políticas y sociales de la guerra de Vietnam y la sensación de crisis que dominó la vida intelectual de ese país en dicho periodo. Por lo tanto, aunque los críticos “atacaron a quienes defendían los programas de derecho y desarrollo por haber exportado de forma etnocéntrica el modelo del estado de derecho liberal... [ellos] hicieron exactamente lo mismo, es decir, transmitieron a los países en desarrollo una actitud crítica y una metodología generadas por una crisis doméstica en relación con el Estado de derecho” (Tamanaha, 1995: 475). Desde la perspectiva de los practicantes y estudiosos del derecho en América Latina –esto es, la perspectiva desde la cual escribo– las tareas concretas, vitales, relacionadas con el mejoramiento de las instituciones jurídicas y la creación de mecanismos legales que facilitarían las luchas de los sectores marginados de la población no dejaron de tener vigencia. Como lo sostiene Tamanaha (1995: 474), dichos actores jurídicos “no podían simplemente dedicarse a la cómoda tarea de hacer crítica ecléctica. Por lo tanto, la realidad y la necesidad de la reforma del derecho no fueron afectados por la parálisis de la teoría del desarrollo”. En efecto, para quienes conocen y viven la realidad de la práctica del derecho en América Latina, la reflexión constructiva y la promoción activa de reformas encaminadas a promover transformaciones sociales progresistas e igualitarias son tareas indispensables.

En este escrito me propongo contribuir a dicha tarea a través de la elaboración de un marco analítico que conecta los programas y las teorías de derecho y desarrollo en América Latina de los sesenta y los setenta –que se llamará en adelante la “primera generación” de derecho y desarrollo– con el conjunto de discursos y programas de reforma jurídica que han tenido lugar en la región desde mediados de los ochenta y, con mayor intensidad, desde comienzos de los noventa –que se llamará en adelante la “segunda generación” de derecho y desarrollo en Latinoamérica–. Para dar contenido a este marco analítico, haré referencia a reformas específicas que

han sido llevadas a cabo en la región en el contexto de cada una de estas dos generaciones.

La tesis general de este ensayo tiene dos partes. En primer lugar, desde un punto de vista descriptivo, sostengo que hay similitudes y diferencias relevantes entre las dos generaciones de derecho y desarrollo. De un lado, se muestra que ambas generaciones están fundadas en una visión liberal, favorable a la expansión de la economía capitalista, de acuerdo con la cual es necesaria la construcción de un andamiaje jurídico que permita la operación libre de los mercados, que constituye en dicha visión el motor del desarrollo económico. En este sentido, como lo han señalado algunos autores críticos (Harvey, 2000), existe una clara continuidad entre la teoría de la modernización –que inspiró la primera generación de derecho y desarrollo– y las teorías neoliberales de la globalización como la de Sachs sobre las que descansa la segunda generación. De otro lado, hay algunas diferencias visibles entre la orientación y los procedimientos utilizados por las dos generaciones, como se explicará con detenimiento más adelante. En segundo lugar, desde una perspectiva prescriptiva, se critica en este ensayo los programas actuales de derecho y desarrollo porque enfatizan el potencial regulatorio y represivo del derecho en detrimento de su potencial emancipador. En términos de la topología sugerida por Santos (1999), a la que se hizo referencia anteriormente, sostengo que los programas que están siendo aplicados por agencias tales como el BID, el Banco Mundial y la AID se centran en la promoción de una democracia y un Estado de derecho de baja intensidad, cuyo principal objetivo es la protección de la propiedad y la acumulación de capital. Sin embargo, se critica también los balances pesimistas de la posibilidad y deseabilidad del fortalecimiento del Estado de derecho en América Latina. De hecho, como lo muestra la reciente compilación de artículos sobre este tema hecha por O'Donnell, Méndez y Pinheiro (1999), el Estado de derecho tiene un claro potencial emancipador en la región, en la medida en que las clases populares y los grupos marginados (v.gr., los pueblos indígenas) pueden ser favorecidos por un marco jurídico progresista y un poder judicial activista. En efecto, como sostiene Pinheiro (1999) en su contribución a dicho volumen, los sectores más pobres de la población tienden a ser, por ejemplo, las víctimas más frecuentes de los sistemas judiciales ineficientes, por cuanto no pueden acudir a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (v.gr., el arbitraje) que están disponibles sólo para quienes puedan pagar los costos que acarrear. Como se sostiene en las conclusiones a este ensayo, las reformas pueden tener un efecto igualitario si se realizan a través de mecanismos de participación que permitan la expresión de las necesidades locales, y si se centran en aquellas áreas del sistema jurídico que son particularmente relevantes para los sectores marginados de la población –v.gr., el acceso a la justicia, los conflictos laborales y la protección de los derechos económicos y sociales–.

Con el fin de desarrollar el marco analítico mencionado, este ensayo se dividirá en tres partes. En la primera se delinearán los fundamentos teóricos e ideológicos de la primera generación de derecho y desarrollo, y se describe brevemente la forma como fueron llevados a cabo los programas de este tipo en América Latina. En esta sección se examinan también las críticas que fueron formuladas contra la primera generación, y la existencia de una corriente alternativa de derecho y desarrollo en los setenta que es generalmente ignorada por los trabajos sobre el tema y ofrece valiosos elementos para un nuevo enfoque en relación con la reforma al derecho en Latinoamérica. En la segunda parte se analiza el surgimiento de las nuevas políticas de reforma al derecho en los ochenta y noventa, especialmente las concebidas por el gobierno de Estados Unidos y algunas agencias multilaterales con el fin de promocionar reformas a los sistemas judiciales de los países de la región. Igualmente, esta segunda generación se vinculará con las condiciones sociales, económicas y políticas características de la globalización neoliberal. Para contribuir al estudio empírico del impacto de estas políticas, en esta sección se presentará un breve estudio de caso de un programa de reforma al sistema judicial de Colombia, uno de los países de la región que ha recibido mayor cantidad de dinero de parte de las agencias multilaterales que han auspiciado la segunda generación de derecho y desarrollo, particularmente de la AID. En la tercera sección se ofrecen algunas conclusiones.

Finalmente, una breve nota metodológica. Los datos provenientes de la lectura de fuentes primarias y secundarias se han complementado o contrastado con información obtenida mediante investigación empírica, en especial con entrevistas con personas involucradas en las dos generaciones de derecho y desarrollo. En el caso de la primera generación, se entrevistó a los miembros del International Center for Law in Development en Nueva York, organización que reemplazó al International Legal Center, agencia creada por la Fundación Ford para promover las reformas a las facultades de derecho latinoamericanas en los sesenta y setenta. Las entrevistas fueron especialmente útiles en el estudio de los programas actuales, de segunda generación, que no han sido documentados en detalle. He conversado con algunos miembros del BID y el Banco Mundial responsables de este tipo de programa. El estudio también se ha basado en las entrevistas llevadas a cabo por un equipo de investigadores del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) de la Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia), bajo la dirección de Boaventura de Sousa Santos y Gabriel Gómez, acerca del funcionamiento del programa de reforma a la justicia colombiana patrocinado por la AID (Santos, 2001).

Primera generación de programas de derecho y desarrollo: La modernización de la enseñanza del derecho en América Latina

Orígenes de los programas y sus bases teóricas e ideológicas

Los orígenes de los programas de derecho y desarrollo deben ser ubicados en el contexto de las políticas de asistencia de Estados Unidos en los sesenta al entonces llamado “Tercer Mundo”. Debido tanto a la creciente confianza de Estados Unidos en su sistema económico y político como al temor frente a la posible expansión del comunismo, este país consideró que la asistencia para el desarrollo a los países pobres sería el mecanismo ideal para enfrentar la expansión de la brecha entre el primer mundo y el Tercer Mundo, y para evitar la difusión del modelo de la revolución cubana a otros países, especialmente en América Latina. Por lo tanto, durante dicho período las agencias gubernamentales y algunas organizaciones privadas norteamericanas patrocinaron el surgimiento y la consolidación de un campo de estudios sobre las condiciones necesarias para el desarrollo del Tercer Mundo (Trubek y Galanter, 1974: 1065; Gardner, 1980: 7).

Los economistas y los tecnólogos fueron los primeros en responder al llamado de dichas agencias y organizaciones, seguidos por los abogados y estudiosos del derecho. En el campo jurídico, el resultado fue la formulación de tesis y programas que establecieron un vínculo directo entre el derecho moderno –representado, de acuerdo con esta visión, por el sistema jurídico liberal de Estados Unidos– y el desarrollo económico. Como lo ha sostenido Cao, la base teórica de los estudios de derecho y desarrollo estaba lejos de ser original. De hecho, sus pilares se encuentran en la teoría de Weber sobre el papel del derecho racional en la consolidación de la sociedad capitalista moderna (Cao, 1997: 548) y, en este sentido, hacen parte de la teoría general de la modernización. El modelo de liberalismo jurídico que dominó desde un comienzo los estudios de derecho y desarrollo estaba basado en el siguiente conjunto de supuestos (Trubek y Galanter, 1974: 1071). Primero, la sociedad está compuesta por individuos que aceptan el poder estatal porque consideran que éste protege sus intereses. Segundo, el derecho es a la vez un medio de control del individuo por parte del Estado y un mecanismo de control del Estado por parte de los individuos. Tercero, las normas jurídicas son diseñadas con el fin de alcanzar objetivos comunes y son elaboradas mediante un proceso pluralista en el que están representados los intereses individuales de los miembros de la comunidad. Cuarto, las normas jurídicas son aplicadas por igual a todos los individuos. Quinto, los jueces son los principales actores del sistema jurídico y aplican imparcialmente las normas. Finalmente, se supone que, en general, las personas obedecen las normas jurídicas vigentes.

¿Cómo promueve este modelo de derecho el desarrollo económico? Los pioneros de la teoría de derecho y desarrollo entendían el desarrollo como un conjunto de características sociales, económicas y políticas relacionadas entre sí –aunque vagamente definidas y no enteramente consistentes–, tales como el bienestar material, la libertad y la participación política (Trubek y Galanter, 1974: 1073). Los académicos y políticos que hicieron parte de esta corriente percibían el derecho como una herramienta indispensable para lograr estos objetivos. El derecho, en el modelo descrito, implica un gobierno despersonalizado que opera a través de reglas abstractas. De aquí se deriva una mayor igualdad ante la ley. El derecho es un instrumento para controlar la arbitrariedad y el autoritarismo y, por lo tanto, promueve la libertad individual y la responsabilidad gubernamental. Finalmente, el derecho puede ser utilizado de forma instrumental para diseñar reformas progresistas que aumenten el bienestar material general (Trubek y Galanter, 1974: 1074).

Es importante subrayar la noción relativamente amplia de desarrollo y del papel del derecho en el desarrollo que caracterizó a esta primera generación. Dicha noción fue ampliada aún más por la primera ola de autocrítica dentro de la corriente, como lo muestra las declaraciones que en este sentido expidieron algunos de los pioneros de los programas de derecho y desarrollo reunidos por el International Legal Center en 1974 (ILC, 1974: 105). Esta visión contrasta claramente con la concepción económica estrecha del desarrollo que ha venido a prevalecer en la segunda generación de derecho y desarrollo, como se indicará más adelante.

Los programas de reforma a la enseñanza del derecho

Por múltiples razones –particularmente la firme creencia en el potencial transformador de la educación y la familiaridad de los abogados vinculados a los programas de derecho y desarrollo con el ambiente académico– los programas de la primera generación estuvieron encaminados a reformar sustancialmente la enseñanza del derecho en el Tercer Mundo. Primero en Asia, luego en África y finalmente en América Latina, la reforma a las facultades de derecho fue impulsada principalmente por la AID y la Fundación Ford. Sin embargo, los proyectos fueron respaldados financieramente, profesional o moralmente por un amplio número de instituciones estadounidenses, tales como la American Bar Foundation, el International Legal Center y universidades tales como Wisconsin, Stanford, Harvard, NYU, Columbia y Yale (Gardner, 1980: 8).

En América Latina, los programas más ambiciosos fueron llevados a cabo en Brasil, Chile y Colombia. En Brasil, la AID y la Fundación Ford financiaron un proyecto de reforma a la educación jurídica desde 1965 que fue canalizado a través de un centro de investigación creado por fuera de las facultades de derecho existentes, debido a la fría respuesta que estas últimas le dieron a los primeros contactos hechos por la AID y la Ford

(Gardner, 1980: 62). En Chile, por iniciativa del decano de una de las cinco facultades de derecho del país en 1966, la Fundación Ford aceptó patrocinar un programa de reforma a la enseñanza del derecho que involucró también a otras dos universidades chilenas y se convirtió en el proyecto más grande de este tipo en América Latina (Gardner, 1980: 131). Finalmente, representantes de la Fundación Ford visitaron las facultades de derecho colombianas entre 1966 y 1967 para determinar cuáles de ellas estarían dispuestas a participar en un proyecto similar a los que ya estaban en marcha en Brasil y Chile. En 1968, la Ford escogió cinco facultades de derecho colombianas que acogieron favorablemente los planes de reforma y el programa fue lanzado oficialmente (Gardner, 1980: 192).

A pesar de las diferencias entre los tres programas y los contextos sociales y políticos de los países involucrados³, dichos programas compartían una ideología y un *modus operandi*. En primer lugar, los programas se limitaban a promover cambios en la educación jurídica, bien sea mediante el patrocinio de una especie de “Caballo de Troya” modernizador que penetraría en las universidades (como en Brasil) o mediante la colaboración directa con facultades de derecho seleccionadas para el efecto (como en Chile y Colombia). Sin embargo, los defensores de los proyectos concebían las reformas como instrumentos para alcanzar cambios sociales mucho más ambiciosos, en cuanto creían que los abogados entrenados en las técnicas y el espíritu del derecho moderno constituirían una masa crítica dentro de la burocracia estatal y el sector privado (ILC, 1975; Gardner, 1980: 59). En segundo lugar, los programas tuvieron su origen en Estados Unidos y fueron siempre controlados por instituciones de ese país. Aunque es claro que los proyectos no podrían haber sido llevados a cabo sin la participación de las universidades y los centros de investigación jurídicos locales involucrados, también es cierto que dicha participación fue limitada, dado que tanto los objetivos como los procedimientos de los proyectos seguían el modelo general definido de antemano por las instituciones estadounidenses (Gardner, 1980: 50). En tercer lugar, la estrategia que fue considerada apropiada para la modernización de la enseñanza del derecho en Latinoamérica fue el trasplante del modelo de educación de las facultades de derecho de Estados Unidos. En efecto, los tres proyectos evocan la definición clásica de trasplante jurídico acuñada por Alan Watson, esto es, “el traslado de una regla o sistema de reglas de un país a otro” (Watson, 1974: 21). Los programas de derecho y desarrollo de la primera generación implicaban este tipo de “mudanza jurídica transnacional”, pero su objeto era un sistema de educación más que un sistema de reglas. Es difícil clasificar estos trasplantes de acuerdo con la dicotomía convencional de trasplantes voluntarios y

³ Mientras que Brasil pasaba por una dictadura y Colombia estaba bajo un régimen democrático limitado por un pacto bipartidista, la situación política de Chile cambió dramáticamente durante la vigencia del proyecto, pasando de una democracia liberal (Frei) a una democracia socialista (Allende) y, finalmente, al régimen autocrático de Pinochet.

trasplantes impuestos (Watson, 1974: 27; Snyder, 1982: 393). Esto se debe a que aunque los trasplantes no fueron generalmente resultado de una petición hecha por el país receptor (excepto en Chile), tampoco fueron impuestos forzosamente a ellos. Siguiendo a Gardner, se puede decir que estos trasplantes fueron “infundidos”, en tanto surgieron de “iniciativas premeditadas... alentadas por la cultura jurídica exportadora, a menudo con la participación selectiva de la cultura receptora” (1980: 33).

Desde el punto de vista de su contenido, los trasplantes tenían cuatro componentes. Primero, implicaban la transmisión del método de enseñanza socrático, que debía reemplazar el método prevalente en América Latina, heredado de las culturas jurídicas europeas continentales y caracterizado por el predominio de la cátedra y el papel pasivo del alumno. Segundo, concebían como recurso pedagógico fundamental el análisis de casos concretos. Esto iba en clara contraposición con el estudio sistemático de reglas abstractas contenidas en los códigos que ha dominado la enseñanza del derecho en la región. Tercero, difundían la imagen instrumentalista del derecho, esto es, la imagen del derecho como herramienta para el logro de objetivos sociales escogidos deliberadamente. Esta concepción del derecho –que tiene clara afinidad con la del realismo jurídico estadounidense– contrastaba abiertamente con la heredada de los sistemas europeos, de acuerdo con la cual el derecho es un conjunto de reglas formales y unívocas que limitan la conducta de los actores privados y públicos. Por último, y en estrecha relación con el aspecto anterior, el modelo proponía una concepción del abogado como ingeniero social que sería capaz de usar su conocimiento del derecho de forma creativa para resolver una multitud de problemas sociales apremiantes. Este modelo contrastaba con la visión continental de los abogados como guardianes imparciales del orden jurídico (Gardner, 1980: 14).

Los programas le dieron prioridad a los dos primeros aspectos del modelo, esto es, a la transmisión de un método de enseñanza que combinaba la pedagogía socrática con el análisis de casos. La primera generación de académicos y funcionarios involucrados en programas de derecho y desarrollo creían –como Trubek y Galanter (1974), dos de los participantes más conspicuos de estos programas, lo han sostenido– que existía una conexión íntima entre todos los elementos del modelo liberal de derecho, de tal forma que la promoción de la transferencia de uno de dichos elementos a los países receptores (esto es, el método de enseñanza del derecho prevalente en Estados Unidos) desencadenaría la transformación de los demás aspectos de la educación y la práctica de los abogados en América Latina. En consecuencia, sumas muy considerables (cerca de cinco millones de dólares en total) fueron destinadas a, entre otras cosas, enviar profesores estadounidenses a Latinoamérica y a entrenar profesores latinoamericanos en las artes del método de caso, así como a patrocinar la participación de académicos latinoamericanos en seminarios especialmente diseñados con este fin y dictados en universidades de Estados Unidos.

¿Cuáles fueron los resultados de estos programas? Existe un consenso, en términos generales, acerca del fracaso de los esfuerzos de la primera generación por modernizar la educación jurídica en América Latina de acuerdo con el modelo del liberalismo jurídico estadounidense. La evaluación de los proyectos hecha tanto por las instituciones (ILC, 1974) como por los individuos que participaron en ellos (Trubek y Galanter, 1974; Gardner, 1980) mostraba un claro desencanto hacia mediados de la década de los setenta. Si, de acuerdo con Watson (1974: 27), “un trasplante jurídico exitoso crece en el nuevo cuerpo y pasa a ser parte de él de la misma forma como una regla o institución se habría seguido desarrollando en el sistema del cual fue transplantado”, entonces el trasplante a América Latina del método socrático y el análisis de casos no tuvo éxito. Ninguno de estos dos elementos fue adoptado por la mayoría de las facultades de derecho latinoamericanas que participaron en los programas, y mucho menos por la comunidad jurídica en su conjunto. De hecho, la enseñanza en la mayor parte de facultades de derecho de la región se caracteriza hoy por el predominio de la cátedra y el estudio de los códigos. Entre tanto, el trasplante de los otros dos componentes del modelo –esto es, la visión instrumentalista del derecho y de los abogados– no tuvo efectos notorios o, en el peor de los casos, resultó siendo contraproducente. Dicha visión fue estratégicamente adoptada por sectores de los Estados chileno y brasilero, pero para beneficio de los burócratas mismos antes que de la ciudadanía. De hecho, por lo menos en Brasil, el uso instrumental del derecho tendió a favorecer en el largo plazo al régimen autoritario (Gardner, 1980: 125)⁴.

De acuerdo con la evaluación hecha por los propios actores de la primera generación de derecho y desarrollo, los programas fracasaron por dos razones. En primer lugar, los proyectos fueron etnocéntricos e ingenuos en tanto acogieron incondicionalmente el modelo estadounidense de enseñanza del derecho y buscaron transplantarlo a América Latina sin tener en cuenta la cultura jurídica y las condiciones sociales locales (Trubek y Galanter, 1974; Gardner, 1980). En segundo lugar, chocaron con los poderosos intereses protegidos por el sistema prevalente en América Latina, dado que dicho sistema le permitía a los profesores y estudiantes no dedicarle tiempo completo a sus actividades académicas y era económico para las facultades de derecho.

⁴ Dado que –aparte del estudio de Gardner (1980), que se ocupa sólo del fracaso de los proyectos– no existen estudios sistemáticos sobre el impacto de los programas en las facultades de derecho de Brasil, Chile y Colombia, es difícil encontrar casos en los que las reformas hayan tenido éxito. Esto no significa, sin embargo, que todos los programas hayan fracasado. Por ejemplo, en Colombia la facultad de derecho de la Universidad de Los Andes, que fue fundada en el momento en el que el programa de la Fundación Ford estaba comenzando, adoptó desde un principio la enseñanza de corte socrático y el método de caso.

Como resultado del desencanto con estos proyectos y otros similares, la financiación para las reformas al derecho en el Tercer Mundo disminuyó rápidamente, y la relación entre derecho y desarrollo se convirtió en un campo de investigación más que de acción. El tono escéptico radical de los trabajos académicos producidos en el ocaso de los programas de derecho y desarrollo pasó a dominar la literatura sobre el tema y se extendió a algunas corrientes de la teoría y la sociología del derecho. En efecto, tanto el trabajo de Gardner como el de Trubek y Galanter –los más influyentes en la fase terminal de derecho y desarrollo– son prácticamente epítafios de esta corriente. Esto explica por qué Snyder abrió el comentario que escribió sobre el libro de Gardner diciendo que “el movimiento de derecho y desarrollo en Estados Unidos está hoy casi muerto” (Snyder, 1982: 373). Las repercusiones del desencanto de la primera generación de actores de promotores de programas de derecho y desarrollo afectó no sólo el futuro de dichos programas, sino también la fe en el sistema jurídico liberal estadounidense en general. En este sentido fue muy importante el hecho de que la experiencia en América Latina mostró que los abogados estaban mucho menos comprometidos con el cambio social que lo que se había creído en un principio y que el derecho podía ser un poderoso multiplicador del statu quo. En resumen, los programas de la primera generación, como Trubek y Galanter lo han afirmado, mostraron la “cara oscura” del derecho:

Las reformas al derecho diseñadas para transformar aspectos centrales de la vida social y promover el desarrollo pueden de hecho convertirse en una forma de política simbólica que, en lugar de promover el cambio, pueden impedirlo al servir como argumento contra la protesta popular y fortalecer los grupos favorecidos por el statu quo. Además, la combinación de una creciente racionalidad jurídica instrumental y una mayor regulación estatal de la economía puede contribuir al bienestar económico de una pequeña elite, dejando a la mayoría en la misma situación, o incluso en una peor (1974: 1084).

En esta afirmación ya se vislumbra el tono pesimista y escéptico radical que caracterizaría más tarde a los estudios críticos del derecho (*Critical Legal Studies* –CLS–) y a algunos de los sectores de la sociología del derecho en Estados Unidos (Rodríguez, 1999). De hecho, algunos de los teóricos y practicantes de los programas de derecho y desarrollo participaron activamente en la fundación de la corriente de CLS y vieron en esta transición una forma de pasar de una era “imperialista” a una “postimperialista” en el estudio del derecho (Trubek, 1990: 22).

Un paradigma alternativo: el derecho y el desarrollo alternativo

En explícito contraste con la teoría de la modernización, académicos en América Latina y en otras partes del mundo formularon desde finales de los años sesenta una aproximación crítica a la economía política que

vino a ganar reconocimiento internacional bajo el nombre de teoría de la dependencia. En términos generales, “la teoría de la dependencia afirmaba que las fuentes del subdesarrollo se encontraban en la historia y estructura del sistema capitalista global”, y no en factores internos de los países en desarrollo (Tamanaha, 1995: 476). De acuerdo con este punto de vista, los proyectos de modernización estaban condenados al fracaso, e incluso eran contraproducentes, porque alimentaban el motor del subdesarrollo, esto es, la dicotomía entre los países centrales (donantes) y periféricos (receptores).

Dentro del espíritu de la teoría de la dependencia surgió un movimiento de derecho y desarrollo alternativo que puso en tela de juicio los fundamentos de los programas de exportación del sistema jurídico liberal de Estados Unidos al Tercer Mundo. El nacimiento de este movimiento está directamente relacionado con la crisis de la primera generación de derecho y desarrollo. De hecho, uno de sus centros de operación fue (y sigue siendo) el International Center for Law in Development (ICLD) de Nueva York, la ONG que reemplazó al International Legal Center después del fracaso de los proyectos de reforma al derecho en América Latina que este último emprendió con la financiación de la Fundación Ford y que fueron explicados en la sección anterior de este ensayo. Aunque el ICLD fue fundado con los fondos que quedaron de la primera generación de proyectos de reforma, sus propósitos y su base ideológica se distanciaron desde el principio de los programas de modernización del International Legal Center. Según lo afirmó Clarence Dias, fundador y director del ICLD, en entrevista hecha para este artículo:

Después de que la Fundación Ford llegó a la conclusión de que no patrocinaría nuevos proyectos de reforma al derecho, hubo un intenso debate acerca del destino que se debería dar a los fondos que quedaban. La pregunta era si se deberían donar a una universidad o se deberían dedicar a comenzar un nuevo centro con una orientación radicalmente distinta. Escogimos la segunda opción y, así, fue fundado el ICLD. Hicimos dos grandes cambios. Desde el punto de vista administrativo, abogados y académicos provenientes del Tercer Mundo tomaron las riendas del ICLD, y decidimos buscar financiación en Europa en lugar de Estados Unidos. Desde un punto de vista ideológico, decidimos adoptar una perspectiva alternativa, de base, frente al desarrollo, en lugar de la visión de desarrollo “desde arriba” que dominó los proyectos previos⁵.

La perspectiva de base, “desde abajo”, invocada por este destacado jurista indio estaba enraizada en la teoría de la dependencia y fue plasmada con particular claridad en un movimiento surgido en los setenta bajo

el nombre de “desarrollo alternativo”, impulsado entre otros por la fundación sueca Dag Hammarskjöld. Como lo afirma Yash Ghai (1978), uno de los participantes de este movimiento, el desarrollo alternativo está basado en cinco postulados. Primero, el desarrollo debe estar guiado por las necesidades de las mayorías marginadas, antes que por metas generales de crecimiento económico. Segundo, el desarrollo debe ser endógeno, esto es, debe surgir de cada sociedad en su lucha por definir sus valores y su futuro propios. Tercero, el desarrollo debe estar basado en la autonomía de los países del Tercer Mundo en general, y de las comunidades locales dentro de ellos en particular. Cuarto, el desarrollo económico debe ser sustentable desde el punto de vista ambiental. Quinto, el desarrollo debe promover el acceso equitativo a todos a los bienes naturales y culturales. En otras palabras, como Dias lo afirmó en la entrevista, el desarrollo “debe ser entendido de una forma comprehensiva, que vaya más allá de la sola búsqueda de bienestar material”.

En consecuencia, los abogados y estudiosos del derecho que hicieron parte de este movimiento formularon una concepción alternativa del papel del derecho en el desarrollo. Según ellos, el derecho moderno occidental tiende a centralizar el poder del Estado y a aumentar la burocracia y la especialización. Por esto, cuando se transplanta a países del Tercer Mundo, tiende a reducir el potencial autónomo que existe en las prácticas informales de las comunidades locales de dichos países y constituye un orden que le es ajeno a la mayoría de las personas. Además, en dicho sistema “los abogados se identifican con los sectores más ricos de la población, en tanto se encuentran principalmente en las zonas urbanas y prestan sus servicios a cambio de cuantiosos honorarios” (Ghai, 1978: 116). Por lo tanto, el transplante del modelo occidental de abogado a los países subdesarrollados beneficia en últimas a las clases dominantes en lugar de estimular el cambio social.

En consonancia con esta crítica, los defensores de una concepción alternativa del derecho y el desarrollo han propuesto el fortalecimiento de tipos informales y comunitarios de regulación y solución de conflictos. En su opinión, estas formas de derecho y justicia promueven actividades económicas autónomas y la consolidación cultural y social de las comunidades locales. Existe, por lo tanto, un énfasis claro en el desarrollo de pequeña escala, en lugar del desarrollo a gran escala ambicionado por la teoría de la modernización y la primera generación de derecho y desarrollo. Sin embargo, los defensores del desarrollo alternativo no abandonaron el campo del derecho formal y, de hecho, conciben la posibilidad de utilizar estratégicamente el sistema jurídico para promover los propósitos de este tipo de desarrollo. “El derecho puede ser un instrumento importante al servicio de gobiernos comprometidos con el desarrollo alternativo. Si sus líderes pudieran aprender a manejar el derecho e inyectarle nuevos valores, no hay razón por la cual el derecho no pueda ser un aliado útil” (Ghai, 1978: 125).

⁵ Entrevista con Clarence Dias, Nueva York, octubre de 1998.

En síntesis, este movimiento, en lugar de rechazar por completo los ideales de la primera generación de derecho y desarrollo, promovió una revisión cuidadosa de la idea de desarrollo y una visión crítica –pero no pesimista– del papel del derecho en la promoción de cambios sociales. Sus defensores propusieron “reflexionar sobre los abogados, los sistemas jurídicos, la enseñanza del derecho y el cambio social en el Tercer Mundo de una forma más realista que la corriente de derecho y desarrollo” (ICLD, 1978: 138). Las preguntas centrales son, entonces, “a quién debe beneficiar el derecho, cómo se debe reformar y con qué resultados” (ICLD, 1978: 139).

Esta versión progresista de derecho y desarrollo ha dado lugar a múltiples proyectos y actividades en países del Sur global, llevadas a cabo principalmente por ONG dedicadas a dar asesoría jurídica a comunidades marginadas y a promover cambios sociales a través de estrategias legislativas y judiciales (Dias, 1981: 187). Sin embargo, ha tenido más impacto en el Sureste Asiático que en América Latina y, en general, no ha tenido la influencia ideológica y política de los enfoques convencionales de derecho y desarrollo. Por lo tanto, el potencial intelectual y práctico del movimiento del derecho y el desarrollo alternativos no ha sido explotado plenamente. Como se explica más adelante, dado su compromiso con reformas al derecho participativas y progresistas, este enfoque ofrece elementos valiosos para repensar las reformas actuales al derecho en Latinoamérica. En las conclusiones de este artículo, se enunciarán algunas formas en las que los aportes de este movimiento pueden ser replanteados y reforzados con el fin de formular una aproximación alternativa a la reforma al derecho en general, y al sistema judicial en particular.

Globalización y reforma judicial: La segunda generación de derecho y desarrollo

Los orígenes de la segunda generación y sus fundamentos teóricos e ideológicos

Las actividades ininterrumpidas del ICLD de Nueva York y de las ONG afiliadas a él alrededor del mundo demuestran que, a pesar de la percepción generalizada del fracaso de la primera generación, los programas y las teorías de derecho y desarrollo no desaparecieron después de los setenta. Los debates y proyectos inspirados en la aproximación de derecho y desarrollo alternativo continuaron durante los ochenta y se ocuparon del problema tradicional del papel del derecho en el mejoramiento de los estándares de vida en el Sur y de otros temas relacionados tales como la promoción del derecho internacional de los derechos humanos (ICJ, 1981). De hecho, la conexión entre el movimiento de derecho y desarrollo alternativo, de un lado, y el discurso de los derechos humanos, del otro, dio lugar a un tema de controversia en el derecho internacional, esto es, la cuestión

del “derecho al desarrollo”. Inspirados parcialmente en la teoría de la dependencia, los países del Sur han venido reclamando –a través de resoluciones, declaraciones y conferencias patrocinadas por la ONU y otras organizaciones– la consolidación de un sistema de derecho internacional del desarrollo que asegure a los países pobres acceso preferencial a financiación y ayuda para el desarrollo, generalmente a través de preferencias comerciales, condonación de la deuda externa, intereses bajos sobre préstamos y acceso barato a la tecnología de punta. Aunque el derecho al desarrollo continúa siendo una utopía, se ha consolidado como una forma de retórica contra-hegemónica frente al discurso de la liberalización incondicional de los mercados nacionales (Santos, 1995: 336).

Incluso los programas más afines con la teoría de la modernización continuaron en operación durante los ochenta. De hecho, la AID, uno de los principales actores de la primera generación, lanzó un programa de reforma judicial en los ochenta dirigido especialmente a Latinoamérica. El proyecto fue presentado como una respuesta al incremento en las violaciones a los derechos humanos cometidos por los militares y la policía, y se concentró en la modernización de los sistemas judiciales y de policía. En países como Colombia, como se explicará más adelante, este programa fue el prefacio para el surgimiento de la segunda generación de proyectos de derecho y desarrollo.

El nacimiento de la segunda generación está enraizado en dos transformaciones históricas relacionadas entre sí. De un lado, la caída de la Cortina de Hierro y de los gobiernos comunistas en Europa del este generó un optimismo renovado en relación con las virtudes de la democracia y el capitalismo liberales. De otro lado, el cambio de las economías de América Latina del régimen de sustitución de importaciones y de intervención estatal al de apertura de los mercados y privatización de empresas estatales desde mediados de los años ochenta, constituyó un signo claro de la expansión del capitalismo liberal alrededor de las Américas. Hacia comienzos de los noventa, el escenario geopolítico era propicio para la resurrección del movimiento de derecho y desarrollo (Chibundu, 1997: 201; Cao, 1997: 545). Las economías de mercado occidentales, especialmente la estadounidense, habían resurgido como actores dominantes en el panorama mundial. De hecho, las condiciones para la difusión del Estado de derecho y el capitalismo liberal eran mucho más favorables que en los sesenta y los setenta. Basta pensar en que los países receptores potenciales se habían multiplicado, dado que entre ellos figuraban ahora no sólo los que participaron en los programas de la primera generación, sino también países que en el pasado estaban excluidos por ser parte del área de influencia soviética. En síntesis, las transformaciones políticas y económicas recientes crearon las condiciones no sólo para la globalización de los mercados de bienes, servicios y capital, sino también para el renacer de la cuestión del papel del derecho en el desarrollo. Esto no resulta sorprendente cuando se tiene en cuenta,

como McMichael (2000) lo ha puesto de presente, que existe una afinidad clara entre, de una parte, las prácticas y los discursos sobre el desarrollo que surgieron en la segunda posguerra y alcanzaron su punto más alto en los sesenta y setenta y, de otra parte, aquellos que constituyen la globalización.

De hecho, algunos de los actores de la segunda generación de derecho y desarrollo son las instituciones que han impulsado la globalización de los mercados mediante la promoción de ajustes estructurales de las economías del Sur. El Banco Mundial, en la escala global, y el BID, en la escala regional, han promovido activamente programas de reforma al derecho en países en desarrollo (Dakolias, 1996; IDB, 1993; Rowat *et al.*, 1995). La AID es el tercer actor principal de la segunda generación, por lo menos en América Latina (Vaky, 1998). Otras instituciones que han llevado a cabo proyectos de este tipo en la región son el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (Obando, 1998), y el Programa de las Naciones Unidas para el Control de Estupefacientes (Cortés, 1995). Finalmente, los gobiernos de España, Alemania, Francia, Gran Bretaña e Italia, entre otros, también financiaron proyectos de reforma al derecho en los noventa (Henao, 1991)⁶.

Esta breve enumeración de las instituciones que financian la segunda generación pone de presente una diferencia importante en relación con la primera generación. En contraste con los programas pasados, que eran promovidos por pocas agencias que tenían conexiones estrechas entre sí, los programas actuales son impulsados por toda una gama de actores multilaterales, gubernamentales y privados que financian múltiples reformas, generalmente sin coordinar sus esfuerzos con los de otros actores. Existe “diálogo informal” entre las agencias, pero no una coordinación continua (Ginsburg, 1995: 8). Los efectos negativos de esta situación han llevado recientemente a varios de los actores de la segunda generación a poner de presente la necesidad de hacer esfuerzos concertados (Jarquín y Carrillo, 1998: vii). En América Latina parece existir ya cierta división del trabajo entre las agencias que financian los programas. Mientras que el Banco Mundial y el BID han tendido a financiar programas relativos al derecho comercial y civil, la AID se ha concentrado en las reformas a la policía y al sistema judicial en el campo penal. Los gobiernos europeos, entre tanto, han dado prioridad a los programas de promoción de los derechos humanos. Sin embargo, siguen existiendo sobreposiciones evidentes, como se verá en la explicación de los programas concretos que han sido puestos en práctica en la región.

En cuanto a las bases intelectuales de los programas, estos se fundan en una concepción más estrecha del desarrollo y en una versión más precisa del papel del derecho en el desarrollo que las que inspiraban la primera generación. De acuerdo con el marco teórico e ideológico de estos pro-

⁶ En otras partes del Sur, organizaciones privadas (v.gr., universidades, oficinas de abogados y ONG) también han participado en las reformas (Ginsburg, 1995: 7).

gramas –construido a lo largo de una serie de estudios de miembros y consultores del Banco Mundial y del BID– el desarrollo es entendido en términos de crecimiento económico, y las reformas al derecho deben ser diseñadas de tal forma que apunten a dicho objetivo. Ibrahim Shihata, vicepresidente del Banco Mundial, ha explicado esta línea de pensamiento en los siguientes términos:

En América Latina y el Caribe, como en otras regiones, la experiencia ha demostrado con claridad el papel esencial del derecho en el desarrollo y, especialmente, la necesidad de tener un estado de derecho y unas instituciones judiciales que funcionen adecuadamente. Esto es particularmente notorio en lo que tiene que ver con el sector privado, cuyo desarrollo depende en parte de la existencia del estado de derecho. El estado de derecho ofrece certeza y predecibilidad, genera costos de transacción más bajos y mayor acceso al capital... De hecho, la experiencia mundial confirma que para que sea posible un desarrollo rápido y sustentable es importante que se definan y protejan los derechos de propiedad, se hagan cumplir las obligaciones contractuales y se creen y se apliquen marcos regulatorios rigurosos (1995a: 13).

Como se aprecia en esta afirmación representativa, la segunda generación está basada en presupuestos similares a los de la primera generación. De un lado, las dos generaciones comparten el pilar de la teoría de la modernización, esto es, la convicción de que el subdesarrollo puede ser superado si los países latinoamericanos siguen el camino hacia el crecimiento económico establecido por los países desarrollados. Los modelos que proponen comparten también componentes básicos, esto es, la defensa del legalismo liberal explicado anteriormente en este ensayo y del desarrollo económico logrado a través de la iniciativa privada en un mercado libre. Finalmente, comparten la idea del lugar central del derecho en la tarea de construir un ambiente institucional propicio para el desarrollo.

Sin embargo, las dos generaciones difieren en aspectos relevantes. En primer lugar, la concepción del desarrollo de la segunda generación se centra claramente en el crecimiento económico y, por tanto, abandona la noción más comprehensiva de desarrollo de la primera generación, que incluía mayor igualdad y participación política. En otras palabras, mientras que uno de los elementos fundamentales de la justificación de la primera generación era contrarrestar la desigualdad en los países receptores, este fin parece ser para los actores de la segunda generación una consecuencia eventual del crecimiento económico. Como lo ha afirmado María Dakolias, funcionaria del Banco Mundial encargada de los programas latinoamericanos de reforma judicial, modernizar las instituciones jurídicas es una prioridad porque éstas “contribuyen a la eficiencia económica y estimulan el crecimiento que, a su vez, lleva a la disminución de la pobreza” (1996: 71). Es evidente en este raciocinio la creencia problemática se-

gún la cual la reducción de la pobreza depende fundamentalmente del crecimiento económico, antes que de una combinación de crecimiento y medidas redistributivas. Desde esta perspectiva, el crecimiento económico generará efectos laterales que finalmente permearán las capas más pobres de la estructura social. En segundo lugar, precisamente debido a su concepción estrecha del desarrollo, la segunda generación tiene una visión más precisa del papel del derecho en el desarrollo. En dicha visión se reconoce que el derecho no es sino un facilitador del desarrollo, no una de sus fuentes. Los actores de la segunda generación parecen ser también más realistas en relación con el alcance de las reformas y con los mecanismos apropiados para llevarlas a cabo.

Programas de reforma judicial en América Latina

En concordancia con la justificación y el sentido de realismo mencionados, los programas de los años noventa han abandonado la creencia en la enseñanza del derecho como el escenario apropiado para promover la modernización del mismo en los países subdesarrollados. En lugar de esto, los programas latinoamericanos de la segunda generación han buscado esencialmente generar cambios *institucionales*, particularmente la reforma de los sistemas judiciales. Inspirados por el auge del neo-institucionalismo en las ciencias sociales (North, 1990), los creadores de estos proyectos sostienen que una estructura institucional adecuada –especialmente un sistema judicial operante– es indispensable para que florezcan la iniciativa privada y el buen gobierno:

El objetivo de estos proyectos es prestar un servicio que sea eficiente y equitativo y que sea respetado y valorado por la comunidad. En una economía de mercado, los ciudadanos, el gobierno y el sector privado esperan y necesitan que un sistema judicial eficiente resuelva los conflictos y ordene las relaciones sociales. A medida que las economías de mercado se vuelven más abiertas y las transacciones se hacen más complejas, instituciones judiciales formales e imparciales pasan a ser esenciales. Sin tales instituciones, el desarrollo del sector privado y la modernización del sector público no serán completos (Dakolias, 1996: 71).

Los funcionarios y académicos que participan en los proyectos de segunda generación han tratado explícitamente de distinguirse de sus predecesores de los años sesenta y setenta, y han intentado evitar las dificultades que llevaron al fracaso de los programas de ese entonces. Esto es evidente, por ejemplo, en la siguiente afirmación de Dakolias:

Los objetivos y la metodología [de los programas de reforma judicial] distinguen estos esfuerzos de los del movimiento de derecho y desarrollo de los sesenta y setenta... Hoy, la reforma a la enseñanza del derecho es sólo uno de los elementos del pro-

grama de reforma judicial. El programa está basado en una aproximación holística que es desarrollada por las comunidades jurídicas locales (Dakolias, 1996: 69).

Además del giro hacia el sistema judicial, ¿cuáles son las diferencias concretas en relación con la metodología y los objetivos del proyecto? En cuanto a la metodología, parece existir una conciencia más clara acerca de la importancia de la participación activa de la comunidad jurídica del país receptor –jueces, abogados, funcionarios estatales, personal administrativo de la rama judicial, etc.– tanto en la planeación como en la ejecución de las reformas. En este sentido, parece haber alguna preferencia por programas que comiencen por iniciativa de las comunidades jurídicas locales, así como una mayor atención a la necesidad de generar consenso local alrededor de los programas (Jarquín y Carrillo, 1998: x; Dakolias, 1995: 65). Esto es particularmente importante en relación con programas que son financiados mediante préstamos, tales como los patrocinados por el Banco Mundial (Shihata, 1993: 295) y el BID. Por ejemplo, con el fin de promover la construcción gradual de consenso local, el Banco Mundial ha implementado pequeños proyectos piloto –como en Argentina desde 1988– cuyos resultados se espera que generen respaldo para reformas más ambiciosas (Dakolias, 1995: 68).

Los objetivos de los programas pueden ser resumidos en cuatro categorías. En primer lugar, la reforma del poder judicial está encaminada principalmente a la promoción de un clima adecuado para el crecimiento del sector privado, en general, y de la inversión extranjera, en particular (Iglesias, 1993: 8; Shihata, 1998: 117). En este sentido, el cobro eficiente de deudas, el cumplimiento coactivo de obligaciones contractuales y la protección de los derechos de propiedad son las principales preocupaciones de los proyectos de reforma. El objetivo general es crear instituciones judiciales que sean capaces de establecer reglas de juego predecibles que –según la evidencia empírica presentada por los economistas que trabajan como consultores en estos programas– es la condición necesaria para el crecimiento económico (Weder, 1995: 21). En segundo lugar, los programas buscan reforzar la estabilidad de la democracia liberal en la región mediante la consolidación de un poder judicial independiente y eficiente, capaz de controlar las acciones del ejecutivo y el legislativo (Buscaglia 1998: 15). En tercer lugar, los individuos y las organizaciones que participan en los programas han enfatizado cada vez más la necesidad de mejorar el acceso de los ciudadanos al sistema judicial. Aunque este objetivo ocupa todavía un lugar marginal tanto en la justificación teórica como en el funcionamiento efectivo de los proyectos, no se debe ignorar que ha sido una de las preocupaciones más recientes de los programas. El tema del acceso a la justicia tiene el potencial de infundir un elemento de equidad social a la segunda generación, cuyo perfil general es claramente liberal y pro-capital. En este sentido, parece haber una cierta tensión ideológica al interior

de las agencias multilaterales que financian los proyectos entre, de un lado, una tendencia a privilegiar la eficiencia del sistema judicial y, del otro, una que favorece el acceso equitativo al mismo. Esta última tendencia es evidente en algunas afirmaciones ocasionales por parte de funcionarios de los bancos multilaterales, de acuerdo con las cuales "cuando se trata del poder judicial, los criterios de equidad deben servir como contrapeso a los principios de eficiencia económica" (Carrillo, 1998: 154). En todo caso, como lo ha sugerido Garth, la eficiencia de las cortes y el acceso a la justicia están entrelazados, por cuanto "para que el acceso a la justicia tenga sentido, el sistema judicial tiene que funcionar eficientemente y los jueces deben ser independientes" (Garth, 1995: 90). En cuarto lugar, algunos de los programas, en particular los financiados por la AID (y en menor medida los patrocinados por el BID), buscan reforzar los mecanismos de control social en América Latina, especialmente la capacidad de los fiscales y jueces para investigar y castigar cierto tipo de delitos, según se explica en detalle más adelante.

Dada la multiplicidad de objetivos perseguidos, los programas que han sido emprendidos en Latinoamérica son muy diversos. Siguiendo el enfoque holístico mencionado por Dakolias, las instituciones participantes se han ocupado de una variedad de cuellos de botella de los sistemas judiciales mediante proyectos que van desde pequeños estudios exploratorios hasta reestructuraciones radicales del poder judicial en algunos países. El cuadro siguiente esboza el contenido de algunos de los proyectos que los tres actores principales de la segunda generación de derecho y desarrollo han llevado a cabo en algunos países de la región.

Es importante tener en cuenta que este cuadro busca ofrecer sólo una idea general del panorama de las reformas a los sistemas judiciales en la región, más que un mapa comprehensivo de los programas en marcha. Existen más programas y países participantes que los incluidos en el cuadro, como bien lo muestran trabajos de investigación recientes sobre la materia (Arenas y Gómez, 2000; Santos, 2001). Dado que el propósito de este ensayo es ubicar las políticas de reforma judicial en el contexto de la teoría y los programas de derecho y desarrollo, un balance detallado de los múltiples proyectos que están siendo llevados a cabo en la región está por fuera de las pretensiones de este trabajo.

Para fines analíticos, estos y otros proyectos similares pueden ser agrupados en seis categorías, de acuerdo con sus fines primordiales. Primer o, una parte considerable de los programas ha apuntado al mejoramiento de la administración de los despachos judiciales y a la reducción de los inventarios de procesos pendientes. Las demoras alarmantes y la congestión que caracterizan el funcionamiento de los juzgados y las cortes latinoamericanas⁷ tienen sus orígenes en serias deficiencias tanto en la

⁷ Por ejemplo, de acuerdo con las cifras recogidas por Dakolias, "en Brasil más de 4 millones de casos fueron llevados a los juzgados de primera instancia en 1990, pero sólo

PRINCIPALES PROYECTOS DE REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA EN LOS NOVENTA

	AID	Banco Mundial	BID
Argentina	-Estudios de diagnóstico	-Estudios de diagnóstico -Administración de despachos judiciales	
Bolivia	-Investigación de delitos -Resolución alternativa de conflictos -Defensoría pública -Entrenamiento de jueces		
Colombia	-Investigación de delitos (Fiscalía) -Acceso a la justicia -Resolución alternativa de conflictos -Estudios de diagnóstico -Administración de despachos judiciales		-Investigación de delitos -Resolución alternativa de conflictos
Chile	-Entrenamiento para jueces -Administración de despachos judiciales -Defensoría pública -Informatización del sistema judicial		
Costa Rica	-Entrenamiento para jueces y administradores de la rama judicial -Evacuación de procesos civiles y penales -Resolución alternativa de conflictos		-Resolución alternativa de conflictos -Administración de despachos judiciales
Ecuador/Perú		Estudios de diagnóstico	
El Salvador	-Reforma al código y a los juzgados penales -Entrenamiento a funcionarios judiciales -Enseñanza del derecho		
Guatemala	-Reforma a legislación de procedimiento penal -Investigación de delitos		-Acceso a la justicia
Honduras	-Nuevo código penal -Investigación de delitos		-Modernización de códigos -Infraestructura
México			Resolución alternativa de conflictos
Paraguay			-Administración de despachos judiciales -Infraestructura -Acceso a la justicia
Uruguay	-Administración de despachos judiciales -Entrenamiento a funcionarios judiciales -Legislación comercial		
Venezuela		-Infraestructura -Administración de despachos judiciales -Reducción de Inventarios de procesos	

Fuentes: AID, Vaky 1998; Banco Mundial, Dakolias, 1995; BID, Carrillo, 1998.

infraestructura básica (v.gr., oficinas y equipos obsoletos) como en sistemas inadecuados de administración de la carga de trabajo. Por lo tanto, los programas de este tipo han enfatizado la actualización de la infraestructura y los métodos de administración, así como el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y reformas a los códigos de procedimiento para eliminar formalidades que agravan las demoras. La ilustración más prominente de esta categoría es el préstamo del Banco Mundial a Venezuela (1994), encaminado al mejoramiento de la infraestructura y la tecnología disponible para el cumplimiento de las labores judiciales. Segundo, algunos proyectos se concentran en la promoción de la independencia del poder judicial, particularmente mediante la introducción de nuevas instituciones –en especial consejos superiores de la judicatura– encargadas de administrar de forma autónoma el presupuesto y la organización del sistema judicial. De manera similar, se han destinado fondos para impulsar reformas legislativas y administrativas que buscan promover sistemas de evaluación y nombramiento independientes y meritocráticos en el poder judicial. Tercero lugar, varios proyectos contienen un elemento educativo pero, a diferencia de la primera generación, están destinados principalmente al entrenamiento de jueces y funcionarios judiciales, no de profesores y estudiantes de derecho. Cuarto, un número creciente de iniciativas buscan mejorar el acceso a la justicia de la ciudadanía en general (v.gr., mediante la promoción de mecanismos informales de solución de conflictos como la mediación) y de sectores marginados de la población en particular (v.gr., mediante programas de asesoría jurídica popular o centros de conciliación y mediación en zonas marginales de las grandes ciudades, tales como las llamadas “casas de justicia” en Colombia y Guatemala). Quinto, unos pocos programas han buscado fortalecer el papel de las asociaciones de abogados, especialmente en relación con la función disciplinaria en el seno de la profesión. Finalmente, una parte importante de los proyectos –en particular los financiados por la AID– intentan fortalecer los juzgados y las cortes penales y mejorar las técnicas de investigación de los delitos. A menudo estos programas son acompañados por otros que buscan modernizar la policía “para aumentar la eficiencia de la investigación de crímenes graves y el juzgamiento de quienes los cometen” (Vaky, 1998: 139).

Una mirada detallada a los programas de segunda generación: el caso de la AID en Colombia

Para evaluar los logros y las fallas de los proyectos de derecho y desarrollo en los noventa es necesario estudiar el funcionamiento de los

58% de ellos habían sido decididos al final de ese año” (1996: xi). De forma similar, “en 1993 había aproximadamente 500.000 casos pendientes en todo el sistema judicial de Ecuador... [En Argentina] más de 1 millón de casos estaban pendientes en todo el sistema federal en 1991. En Colombia más de 4 millones de casos estaban por resolver en 1993” (Dakolias, 1996: xiii).

programas de reforma judicial mediante investigación empírica. Esta tarea, que no ha sido llevada a cabo por académicos ubicados por fuera de las instituciones que patrocinan dichas reformas, es particularmente difícil de cumplir, dado que los proyectos son relativamente nuevos y, por tanto, aún están siendo ejecutados. De hecho, en algunos países los proyectos se encuentran apenas en sus fases iniciales –esto es, en la de estudios de diagnóstico de la situación del sistema judicial– mientras que en otros (v.gr. Chile) las reformas estaban hasta hace poco tiempo “a la espera de reformas constitucionales y legales” que las hicieran viables (Carrillo, 1998: 153)⁸. En fin, todavía es muy temprano para emprender un balance completo del impacto de estas iniciativas en América Latina, similar al hecho por Gardner (1979) en relación con los programas de primera generación.

Sin embargo, algunos de los programas han venido funcionando durante varios años y ya han arrojado resultados positivos y negativos. Entre dichos proyectos, probablemente el más comprehensivo y constante es la reforma del sector judicial en Colombia promovida por la AID desde 1986. Este proyecto se destaca no sólo porque es al que la AID ha destinado más fondos –y es, por lo tanto, uno de los más costosos de la segunda generación– sino también porque gozó de una estabilidad notable durante doce años. De hecho, aunque el proyecto comenzó antes de la explosión de iniciativas de segunda generación, ya contenía algunas de las características de estos programas que fueron mencionadas anteriormente, y coexistió en Colombia en los noventa con proyectos financiados por nuevos actores tales como el BID.

La participación activa de la AID en la reforma del poder judicial colombiano ha pasado por tres fases (Santos, 2001). La primera –entre 1986 y 1991– fue de tipo exploratorio y consistió en un principio en la financiación de varios proyectos de investigación sobre congestión y mora judiciales, y sobre mecanismos de resolución alternativa de conflictos. En este periodo, la AID también patrocinó algunos esfuerzos iniciales para introducir innovaciones tecnológicas para mejorar el sistema de información judicial, así como varios programas de entrenamiento para jueces y la creación de una biblioteca oficial del poder judicial. Los recursos que la AID destinó a esta primera fase sumaron 3.264.000 dólares, y fueron administrados por la fundación colombiana FES (Rondón, 1998: 18). Tanto la AID como la FES concibieron estos esfuerzos exploratorios como el prefacio a un programa ambicioso de reforma judicial que llamaron “Programa para la modernización de la administración de justicia”.

Al final de este periodo, la AID comenzó a trabajar en el proyecto que pasaría a ser el centro de sus actividades en Colombia, esto es, la promoción de un sistema penal de tipo acusatorio basado en la creación de la

⁸ Estas reformas ya han sido llevadas a cabo, de tal forma que a mediados de 2000 el nuevo sistema acusatorio en Chile, fundado en el recién instalado Ministerio Público, estaba entrando en funcionamiento (Universidad Diego Portales, 2000).

Fiscalía General de la Nación, e inspirado en el modelo de investigación penal de Estados Unidos. La ocasión propicia para este proyecto fue la decisión del pueblo colombiano en 1990 de elegir una Asamblea Constituyente que se reunió durante seis meses en 1991 para redactar una nueva constitución. La AID intentó influir en la creación y el diseño de la Fiscalía mediante el *lobby* que ejerció y las propuestas que presentó en las comisiones encargadas del tema de la administración de justicia en la Asamblea. De acuerdo con la AID y con ciertos sectores de la comunidad jurídica colombiana, el sistema acusatorio era más adecuado que el inquisitivo, que Colombia había heredado del sistema continental en el siglo XIX, y en el que los jueces no sólo dirigían la investigación sino también dictaban sentencia. Tener fiscales especializados, de acuerdo con este punto de vista, traería mayor eficiencia en la investigación de delitos y garantizaría la protección de los derechos procesales del acusado durante el juicio. El objetivo fundamental de los proponentes del sistema acusatorio era disminuir la alarmante tasa de impunidad en Colombia. De acuerdo con algunos cálculos sobre la materia, a comienzos de los noventa sólo 5% de los crímenes cometidos en el país eran investigados y castigados (Rubio, 2001).

Los resultados de los debates en la Asamblea Constituyente sobre la Fiscalía ilustran el proceso de trasplante de instituciones jurídicas. Dentro del modelo estadounidense propuesto por la AID, el papel de los fiscales, que pertenecen a la rama ejecutiva, se limita a la investigación de los delitos y a la acusación ante el juez competente. Es el juez, no el fiscal, quien decide si el acusado debe ser liberado o sigue detenido durante la investigación. Por el contrario, en el sistema inquisitivo que existió en Colombia antes de 1991 la investigación era una labor del poder judicial, en cuanto los jueces tenían competencia sobre todos los aspectos del proceso penal. Ellos dirigían la investigación, decidían acerca de la libertad del acusado y eventualmente lo condenaban o absolvían.

El choque entre los dos modelos en la Asamblea Constituyente dio lugar a intensos debates. De un lado, los defensores del modelo estadounidense enfatizaban el potencial de éste para mejorar la investigación de los delitos. De otro lado, los críticos del trasplante señalaban el peligro que implicaba para la independencia judicial. Desde su punto de vista, introducir en el aparato penal fiscales obedientes a los mandatos del poder ejecutivo politizaría inevitablemente la investigación de los delitos y, por tanto, comprometería la imparcialidad del sistema penal y del poder judicial en general. Dado que la independencia judicial había sido en Colombia la piedra angular del control de los abusos cometidos por el ejecutivo y el legislativo –y dado que estaban frescos aún los recuerdos de los efectos perversos de los sistemas penales politizados creados por regímenes autoritarios en varios países latinoamericanos– tanto juristas tradicionales como defensores de derechos humanos se opusieron al trasplante incondicional del modelo estadounidense (Uprimny, 1994).

El resultado del debate fue una solución intermedia plasmada en un sistema singular. Siguiendo el modelo por el que se inclinaba la AID, la Constitución de 1991 introdujo una nueva institución poderosa, la Fiscalía, cuya función central sería investigar delitos. Sin embargo, para evitar el peligro de un sistema penal politizado, la Constitución incorporó la Fiscalía al poder judicial y le dio a los fiscales funciones judiciales tales como decidir sobre la libertad de las personas que son investigadas. La función de los jueces consiste fundamentalmente en decidir el fondo del caso. De esta forma, la interacción entre una propuesta de trasplante jurídico, y la cultura y la comunidad jurídicas locales dio lugar a un híbrido singular, a una suerte de fiscal/semijuez que a primera vista se parece más al juez del viejo sistema inquisitivo que al fiscal del sistema acusatorio. En la práctica, esta figura híbrida ha tenido efectos positivos moderados en la investigación de los delitos, aunque también ha dado lugar a numerosas quejas por la violación de derechos humanos por parte de poderosos fiscales dotados de funciones judiciales (Uprimny, 1994).

La entrada en vigencia de las transformaciones jurídicas y políticas producidas por la Constitución de 1991 coincidió con la época en la que la AID inició la segunda fase del “Programa para la modernización de la administración de justicia”. Esta fase, que se extendió de 1992 a 1996, estuvo dominada por el interés de la administración Bush por promover la guerra contra las drogas en los países productores, especialmente en Perú, Bolivia y Colombia. Con este fin, en febrero de 1990 los gobiernos de Estados Unidos y Colombia firmaron un acuerdo en la Cumbre de San Antonio, por medio del cual aquél prometió destinar 36 millones de dólares – que serían administrados por la AID– a mejorar la capacidad del sistema judicial colombiano para investigar y castigar delitos⁹. Este acuerdo convirtió a Colombia en el mayor destinatario de fondos de la AID en América Latina. Además, la suma involucrada constituyó cerca del 50% de los fondos internacionales destinados al sector judicial en Colombia en los noventa (García, 1995).

Durante la segunda fase, la AID continuó asociada con la FES, la fundación colombiana que había participado en el diseño y la ejecución de la primera fase. Además, conforme al acuerdo intergubernamental que destinó los fondos mencionados para la reforma judicial, los recursos deberían ser asignados por un comité ejecutivo conformado por representantes de la AID y del Ministerio de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía y la Corte Suprema colombianas. El comité debía evaluar las peticiones de financiación presentadas por las instituciones que las integraban, por otras entidades gubernamentales y por universidades y ONG dedicadas a hacer estudios y formular políticas sobre el sistema judicial. Dentro del comité

⁹ Un análisis detenido de las cifras invertidas por la AID en Colombia se encuentra en Santos (2001).

surgió un intenso debate que ilustra bien el choque entre las perspectivas y los intereses de la agencia donante en Estados Unidos, de un lado, y sus representantes y las autoridades locales en el país receptor, del otro, que constituye una dificultad común de los programas de segunda generación. Como lo sostuvo Luis Roa –vicepresidente administrativo de la AID en Colombia, quien fue uno de los miembros del comité– en una entrevista en 1996¹⁰, aunque los miembros de la AID en Colombia planeaban al comienzo de la segunda fase fortalecer el sistema penal en general, la prioridad en Washington era más estrecha, esto es, lograr efectos inmediatos y directos en relación con el castigo a narcotraficantes. Esto dio lugar a una controversia persistente acerca de la evaluación de los resultados, que a su vez impidió el diálogo fluido entre la AID en Washington, y las instituciones y organizaciones colombianas que hacían parte del proyecto.

Siguiendo la filosofía de la segunda fase, y a pesar de los desacuerdos mencionados, la asignación de recursos entre 1992 y 1995 dio clara prioridad al mejoramiento de la investigación de delitos. De hecho, la Fiscalía recibió cerca del 35% de los fondos que fueron entregados en este periodo (García, 1995; Rondón, 1998). Se hizo énfasis en el entrenamiento de nuevos fiscales en el uso de técnicas de investigación avanzadas, a la protección de fiscales y jueces, y a la construcción de la infraestructura de la naciente Fiscalía. De hecho, como lo explicó Roa en la entrevista mencionada, los fondos de la AID fueron decisivos para que la Fiscalía comenzara a funcionar, dado que la Asamblea Constituyente no previó la forma como serían financiadas las nuevas instituciones. Sin embargo, una parte considerable de los fondos fue destinada a proyectos variados tales como una campaña en los medios de comunicación para mejorar la imagen del sistema judicial, un programa para la reducción de la congestión en los juzgados, y un plan para la consolidación de un sistema eficiente de estadísticas judiciales (García, 1995; Rondón, 1998).

Hacia el final de la segunda fase (1995-1996), la percepción de la AID acerca de los fines del programa comenzó a girar hacia la perspectiva defendida unos años atrás por varias de las instituciones colombianas representadas en el comité ejecutivo. Como se explicó en párrafos anteriores, dicha perspectiva concebía los programas en términos amplios, esto es, como formas de mejorar el sistema judicial como un todo, antes que un sector específico del mismo. Igualmente, ponía de presente la necesidad de enfrentar las deficiencias no sólo de la “oferta” de justicia (esto es, la capacidad de los juzgados y tribunales para decidir los casos justa y eficientemente) sino también las que aquejaban a la “demanda” de justicia (esto es, los múltiples obstáculos que impiden a la mayoría de los ciudadanos tener acceso efectivo a la justicia). Como Eduardo Aldana –antiguo director de la FES, la fundación colombiana a través de la cual la AID canalizó los fondos de

¹⁰ Entrevista realizada por Gabriel Gómez, Bogotá, diciembre de 1996.

las primeras dos fases– lo explicó en una entrevista dada en 1996¹¹, el desarrollo de la segunda fase llevó a la FES a la conclusión de que el proyecto estaba dando una importancia desmedida a la oferta de justicia. La FES buscó entonces dar énfasis a la demanda de justicia mediante el apoyo a programas de acceso a la justicia, entre los que se destacaron los destinados a promover el uso de la conciliación y la mediación por parte de miembros de comunidades marginadas para resolver sus disputas. La FES también decidió dar impulso a programas de defensoría pública (esto es, de representación gratuita a acusados que no tienen medios para contratar a un abogado) para responder a la mayor capacidad de los fiscales para investigar delitos.

Aunque este aspecto de los programas no dejó de ser incipiente en comparación con los proyectos para mejorar la oferta de justicia, sí dio lugar a esfuerzos pioneros que tienen alguna afinidad con los propuestos por el movimiento de derecho y desarrollo alternativo. En este sentido, vale la pena mencionar la creación de las llamadas “casas de justicia”, esto es, pequeños centros que albergan delegados de diferentes instituciones judiciales y que promueven la solución pacífica de conflictos en áreas marginales de grandes ciudades como Bogotá y Cali. Los resultados positivos de los proyectos pilotos en esas ciudades han llevado al BID a financiar la construcción de casas de justicia en otras ciudades colombianas y en otros países latinoamericanos. Como lo afirmó Fabrizio Operti –uno de los coordinadores de este programa del BID en Washington– en una entrevista realizada para este trabajo, “el BID ahora está tratando de promover la creación de casas de justicia en Guatemala y otros países con el fin de llevar la administración de justicia (especialmente su faceta menos represiva) más cerca de las personas que por razones económicas, psicológicas o culturales no han utilizado nunca el sistema judicial”¹².

Sin embargo, durante la tercera fase del programa (1996-1999) el deterioro de las relaciones entre Colombia y Estados Unidos –originado en el hecho de que el presidente Samper recibió en 1994 contribuciones de un cartel de narcotraficantes para su campaña presidencial– aumentó la presión del gobierno de los Estados Unidos por obtener resultados concretos de los proyectos en términos del castigo a narcotraficantes y de la reducción inmediata de los inventarios y demoras judiciales. Dado que las estadísticas sobre impunidad y desempeño de los juzgados y tribunales mostraban que el impacto de los proyectos había sido leve, la AID exigió cambios que dieran lugar a resultados positivos inmediatos. La FES se opuso al enfoque de corto plazo de la AID y se retiró del programa. En el momento en que fue terminada la investigación empírica realizada para este ensayo (comienzos de 1999), la AID estaba planeando una cuarta fase, esta vez

¹¹ Entrevista realizada por Carolina Rondón y Gabriel Gómez, Bogotá, diciembre de 1996.

¹² Entrevista telefónica realizada por el autor, noviembre de 1998.

sin la cooperación de la FES, con recursos cercanos a los cuatro millones de dólares. Además, dado que el Plan Colombia –que fue aprobado en el año 2000 y está entrando en funcionamiento a comienzos del 2001– contiene un rubro para la reforma judicial en Colombia administrado por la AID, la continuación de los programas destinados a fortalecer la justicia penal para continuar la llamada “guerra contra las drogas” es inminente.

Tras más de diez años de funcionamiento de los programas de la AID en Colombia, ¿cuál es el balance de sus logros y fracasos? Los proyectos de la AID en Colombia han contribuido a reformas importantes, tales como el mejoramiento de la investigación criminal. También han sido relativamente permeables a la influencia de las instituciones colombianas que han participado en ellos, tal como lo muestran algunos esfuerzos limitados por atender el problema del acceso a la justicia. Además, la AID financió estudios sobre la justicia colombiana que han sido una fuente de información útil para funcionarios e investigadores colombianos.

Sin embargo, las actividades de la AID en Colombia han tenido tres rasgos claramente negativos. En primer lugar, las políticas de la AID han servido a los intereses de la política exterior de Estados Unidos –particularmente los de la “guerra contra las drogas”– antes que a las necesidades del sistema judicial colombiano. El interés omnipresente en la persecución de narcotraficantes ha llevado a la AID a dedicar una cantidad desproporcionada de sus recursos a la Fiscalía, en detrimento de otros sectores del sistema judicial que continúan siendo muy precarios. Como se explicó anteriormente, esta tendencia también ha afectado negativamente la cooperación de las instituciones judiciales locales con el programa. En segundo lugar, la presión de la AID por obtener resultados inmediatos, tangibles, en términos del número de condenas producidas por el sistema judicial penal ha relegado a un segundo plano esfuerzos de largo plazo destinados a eliminar las causas de la ineficiencia judicial. De hecho, dicha presión ha sido contraproducente aún en términos de la investigación de crímenes graves. Como lo muestra Rubio (2001), los fiscales han tendido a concentrarse en la resolución de casos fáciles que les permiten lograr condenas rápidas y, así, aumentar el número de investigaciones “exitosas” que llevan a cabo, número que es utilizado como criterio para evaluar su labor. En tercer lugar, el *lobby* de la AID para que la Asamblea Constituyente adoptara el modelo estadounidense –y sobre todo el hecho de que en la actualidad está promoviendo el mismo modelo en seis países diferentes de América Latina (Vaky, 1998: 138)– muestra la persistencia de la visión etnocéntrica sobre trasplantes jurídicos que caracterizó a la primera generación de derecho y desarrollo.

Debido a la diversidad de los programas de reforma al derecho que se están llevando a cabo en América Latina, es difícil extraer conclusiones acerca de la segunda generación a partir del estudio de caso de la AID en Colombia. Sólo un trabajo de investigación empírica más detallado, reali-

zando a medida que los múltiples proyectos alcancen su fase de madurez, permitirá que académicos y activistas independientes en la región evalúen lo que se ha llamado a lo largo de este escrito la segunda generación de derecho y desarrollo. Sin embargo, este estudio de caso y el análisis de los documentos producidos por el Banco Mundial, la AID y el BID, tratados en las páginas precedentes, ofrecen elementos para una crítica preliminar de los programas y para sugerir un enfoque alternativo que puede ser utilizado en un futuro cercano. En esta tarea se concentra la conclusión a este ensayo.

Conclusión

Como se ha intentado mostrar a lo largo de este trabajo, los programas de reforma judicial emprendidos en América Latina en los noventa han incorporado algunas de las lecciones derivadas del fracaso de la primera generación de derecho y desarrollo. En particular, han buscado involucrar actores locales, incluyendo a gobiernos y autoridades judiciales, así como ONG y fundaciones privadas que se ocupan del tema de la justicia. Sin embargo, los programas actuales de reforma al derecho promovidos por el Banco Mundial, la AID y el BID tienen dos fallas profundas que, son muy similares a las que llevaron al fracaso de la primera generación. En primer lugar, los nuevos programas tienen un énfasis estrecho en la promoción de la inversión privada y la acumulación de capital como condiciones para el desarrollo económico. En otras palabras, su objetivo central sigue siendo el impulso al mercado. Por lo tanto, la mayoría de los fondos y esfuerzos invertidos en los programas actuales son dedicados a asegurar las condiciones de predecibilidad –v.gr., a través del mejoramiento de los juzgados civiles encargadas de cobrar deudas y proteger los derechos de propiedad– y seguridad –v.gr., a través del reforzamiento del sistema penal– que son indispensables para el funcionamiento del mercado. En segundo lugar, aun cuando involucran organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, los programas de segunda generación han adoptado claramente una perspectiva de cambio vertical, “desde arriba”. Esto fue evidente, por ejemplo, en las primeras fases del proyecto de casas de justicia en Colombia. Dado que ni la agencia patrocinadora (AID) ni los gobiernos nacional y local consultaron a las comunidades de los barrios en los que las casas fueron establecidas, dichas comunidades en un principio ignoraron o se opusieron activamente a las casas, que fueron percibidas como un mecanismo de represión estatal.

Un enfoque sobre la reforma al derecho y las instituciones judiciales que sea al mismo tiempo crítico y constructivo debe comenzar por ofrecer una reformulación de los objetivos de dichos programas. En lugar de evaluar las reformas de manera simplista en términos de la reducción de la congestión y la mora judiciales, se debe utilizar un criterio más exigente, centrado en el impacto social de los programas. La pregunta crucial

es si los programas están promoviendo la dimensión igualitaria y emancipatoria del Estado de derecho. En otras palabras, como lo afirma O'Donnell (1999), la preocupación principal debe ser si las reformas al derecho están creando las condiciones necesarias para la protección de los derechos de las mayorías marginadas (v.gr., las clases populares, los grupos indígenas, las mujeres) y para la reducción de la desigualdad alarmante que caracteriza a América Latina. Una vez se adopta este criterio, se hace evidente que los programas de segunda generación están lejos de ser satisfactorios. El acceso a la justicia sigue siendo una preocupación secundaria en dichos programas, y el énfasis en la eficiencia judicial ha llevado a las entidades estatales y las organizaciones financiadoras a prestar poca atención a la calidad de las actividades de los jueces en términos de la protección de los derechos ciudadanos. Aunque la reducción de los inventarios de casos pendientes, las demoras en los trámites judiciales y los niveles de impunidad son ciertamente fines importantes, están lejos de ser suficientes para liberar el potencial emancipatorio del Estado de derecho, y para facilitar el surgimiento del tipo de sociedad civil activa que es indispensable para que exista una "democracia de alta intensidad" (Santos, 1999), esto es, una democracia participativa en la que el goce de los derechos constitucionales y legales sea garantizado a los ciudadanos de cualquier condición social, económica o cultural.

Para concluir, sugeriría cuatro frentes en los que las políticas de reforma al derecho actuales y futuras en la región deben concentrarse para promover una versión progresista del Estado de derecho. En primer lugar, las reformas no pueden seguir siendo impuestas desde arriba, esto es, desde las oficinas de las entidades gubernamentales o intergubernamentales. Mientras que el enfoque vertical inspire las reformas, el éxito de éstas será sólo parcial porque los actores jurídicos y las comunidades afectadas no verán las nuevas instituciones como propias. Esto es particularmente importante en relación con las reformas destinadas a comunidades marginadas, tales como las casas de justicia. En este contexto, los elementos ofrecidos por la corriente de derecho y desarrollo alternativo son pertinentes. Este enfoque enfatiza la importancia de las reformas "desde abajo", basadas en la participación activa de las comunidades afectadas. Cuando las reformas afecten un amplio sector de la población (v.gr., reformas al código civil), los mecanismos participativos deben ser escogidos de tal forma que permitan la expresión de la opinión de los representantes de los grupos relevantes (v.gr., en el caso de la reforma al régimen de contratos civiles, se debe asegurar la representación de los consumidores, las empresas, los abogados y las organizaciones ciudadanas interesadas).

En segundo lugar, se debe dar prioridad a la protección de los derechos sociales, económicos y culturales, en contraste con el énfasis que han hecho los programas de segunda generación en la protección de los derechos de propiedad privada. A pesar de la incorporación de derechos

sociales, económicos y culturales en nuevas constituciones por toda Latinoamérica –v.gr., en Brasil (1988), Colombia (1991) y Venezuela (1999)– su aplicación es todavía muy precaria. El potencial de justicia social contenido en esos derechos puede ser explotado mediante la introducción de reformas que establezcan, por ejemplo, acciones judiciales eficaces que permitan a los ciudadanos pedir a los jueces aplicar esos derechos en casos cotidianos. No obstante los avances logrados en esta dirección –como el éxito moderado de la acción de amparo constitucional ("acción de tutela") en la protección de dichos derechos en Colombia (CIJUS 1998)– queda todavía mucho por hacer para promover mecanismos legales adecuados y para estimular el surgimiento de un poder judicial activista dispuesto a aplicar los derechos sociales, económicos y culturales.

En tercer lugar, el problema del acceso a la justicia debe ser tomado en serio. Hasta ahora, el acceso a la justicia ha sido objeto de debates ocasionales y de pequeños proyectos que acompañan los programas de reforma judicial en América Latina. Este defecto ha sido reproducido en los programas de segunda generación y sólo hace poco ha venido a empezar a ser corregido tímidamente por el interés del BID en políticas de acceso a la justicia (Carrillo, 1998). Como lo han puesto de presente las contribuciones reunidas en O'Donnell, Méndez y Pinheiro (1999) acerca del Estado de derecho en América Latina, no tiene sentido pensar en reformar un sistema judicial al que sólo una minoría privilegiada tiene acceso. Por lo tanto, la reforma judicial y los programas de acceso a la justicia deben ser emprendidos de forma simultánea, y se deben destinar fondos y esfuerzos suficientes para atender los dos frentes. Los programas de acceso a la justicia deben incluir una amplia gama de reformas. Especial importancia tiene la creación de un sistema eficiente y adecuado de defensoría pública para quienes no pueden contratar a un abogado. Las deficiencias de los sistemas jurídicos de la región en este aspecto son alarmantes. Por ejemplo, un estudio reciente del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia (1998) encontró que las posibilidades de que un acusado sea condenado en un juicio penal son 80% más altas cuando el acusado está representado por un defensor público que cuando está representado por un abogado privado. Por lo tanto, a pesar de que se inviertan cuantiosas sumas en adquirir computadores para los jueces penales y fiscales, el sistema judicial como un todo seguirá siendo altamente inequitativo si los problemas relacionados de acceso a la justicia y defensoría pública no son enfrentados.

Finalmente, el énfasis actual en la reforma de los juzgados civiles y comerciales en América Latina (y, en Colombia, en la reforma de la investigación de los delitos) debe ser complementado por la atención a sectores del sistema judicial que han ocupado hasta ahora un lugar secundario en los programas. Es especialmente importante dar prioridad a la reforma de los juzgados laborales. En efecto, dada la precariedad de las condiciones laborales en la región –agravada en los últimos años por el aumento del

desempleo y por reformas a la legislación encaminadas a “flexibilizar” los mercados laborales— la protección de los derechos de los trabajadores es una tarea urgente. Reformas tales como la creación de juzgados de pequeñas cuantías y de mecanismos de resolución alternativa de conflictos bajo la supervisión estatal, que han sido dejadas de lado en los proyectos de segunda generación, deben ser consideradas seriamente.

En síntesis, la profunda transformación de las políticas actuales de reforma al derecho y las instituciones judiciales en América Latina — mediante estrategias tales como la promoción de reformas participativas, la atención al problema del acceso a la justicia, el mejoramiento de los juzgados laborales y la protección de derechos sociales, económicos y culturales— es una condición indispensable para que dichas políticas contribuyan a crear un ambiente jurídico favorable a actores jurídicos y grupos sociales progresistas en la región. Sólo cambios de este tipo, como algunas de las agencias que financian los programas lo han empezado a entender tardíamente, podrían evitar un segundo fracaso de la corriente de derecho y desarrollo en América Latina.

Bibliografía

- ADELMAN, Sammy y Abdul PALIWALA (eds.), *Law and Crisis in the Third World*, New York, Hanz Hell, 1993.
- ARENAS, Luis Carlos y Gabriel GÓMEZ, “Looking for Justice in the Time of Rule of Law Programs: Case Studies of Colombia, Peru and Venezuela”, LL.M. Thesis. University of Wisconsin-Madison, 2000.
- BUSCAGLIA, Edgardo, “Obstacles to Judicial Reform in Latin America”, en IDB. *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington, Inter-American Development Bank, 1998.
- CAO, Lan, “Law and Economic Development: A New Beginning?”, *Texas International Law Journal*, 1992, 32: 545-559.
- CARTY, Anthony (ed.), *Law and Development*, Dartmouth, Gower House, 1995.
- CARRILLO, Fernando, “The Inter-American Development Bank”, en *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington D.C., Inter-American Development Bank, 1998.
- CHIBUNDU, Maxwell O., “Law in Development: On Tapping, Gourding and Serving Palm-Wine”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1997, 29: 1967,260.
- CIJUS, *Análisis sociojurídico de la acción de tutela*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1998.
- Consejo Superior de la Judicatura, *Balance sociojurídico de la justicia penal en Colombia: 1996-1997*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 1998.
- CORTÉS, Juan, *Diagnóstico cooperativo de la cooperación técnica internacional en el sector justicia 1990-1994*, Bogotá, Sipeci, 1995.
- DAKOLIAS, Maria, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean*, Washington D.C., The World Bank, 1996.

- DEACON, Bob, “The Prospects for Global Social Policy”, en Deacon *et al.* (ed.), *Aspects of Social Policy Analysis*, Saarijarvi, Gummerus Printing, 1998.
- DIAS, Clarence, “Realizing the Rights to Development”, en ICJ (International Commission of Jurists), *Development, Human Rights and the Rule of Law*, Exerter, A. Wheaton & Co. Ltd., 1981.
- GARCÍA, Lucía, *Informe de cooperación técnica internacional. Programa AID*, Bogotá, Minjusticia, 1995.
- GARDNER, James, *Legal Imperialism*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1980.
- GARTH, Bryant, “Access to Justice”, en Rowat *et al.* (ed.), *Judicial Reform in Latin American and the Caribbean*, Washington D.C., The World Bank, 1995.
- GARTH, Bryant e Yves DEZALAY, *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, Chicago University Press, 1998.
- GHAI, Yash, “Law and Another Development”, *Development Dialogue*, 1978, 2: 109-133.
- GINSBURG, Tom, “Law and Development: The Third Wave” (mimeo). Documento presentado a la Law and Society Association Annual Conference, Toronto, Canadá, 1995.
- HARVEY, David, “Globalization in Question”, en *Spaces of Hope*, Berkeley, University of California Press, 2000.
- HENAO, Juanita, *La cooperación internacional al desarrollo en Colombia*, Bogotá, Cinep, 1991.
- IDB (Inter-American Development Bank), *Justice and Development in Latin America and the Caribbean*, Washington, D.C., Inter-American Development Bank, 1993.
- , *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington D.C., Inter-American Development Bank, 1998.
- ICJ (International Commission of Jurists), *Development, Human Rights and the Rule of Law*, Exerter, A. Wheaton & Co. Ltd., 1981.
- ICLD (International Center for Law in Development), “Research Priorities for Another Development in Law”, *Development Dialogue* 1978, 2: 134-142.
- IGLESIAS, Enrique, “Law, Justice and Development in Latin America in the Nineties”, in: IDB. *Justice and Development in Latin America and the Caribbean*, Washington, D.C., Inter-American Development Bank, 1993.
- International Legal Center, *Law and Development*, Uppsala, Uppsala Offset Center AB, 1974.
- , *Legal Education in a Changing World*, Uppsala, Uppsala Offset Center AB, 1975.
- JARQUÍN, Edmundo y Fernando CARRILLO, “Introduction”, en: IDB, *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington, Inter-American Development Bank, 1998.
- MARTÍNEZ, Néstor Humberto, “Rule of Law and Economic Efficiency”, en IDB, *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington D.C., Inter-American Development Bank, 1998.

- McMICHAEL, Philip, *Development and Social Change. A Global Perspective*, 2ª edición, Thousand Oaks, Pine Forge Press, 2000.
- NORTH, Douglass C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- OBANDO, Jorge, "The United Nations Development Program", en *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington D.C., Inter-American Development Bank, 1998.
- O'DONNELL, Guillermo, Juan MÉNDEZ y Paulo PINHEIRO, (eds.), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1999.
- PINHEIRO, Paulo, "The Rule of Law and the Underprivileged: An Introduction", en O'Donnell, Guillermo, Juan Méndez y Paulo Pinheiro (eds.), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1999.
- RODRÍGUEZ, César, "Una crítica a la doctrina liberal de la imparcialidad de los jueces: En torno al impacto de los estudios críticos del derecho en América Latina", en: Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999.
- RONDÓN, Carolina, "La cooperación internacional en materia de justicia en Colombia", tesis de grado, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 1998.
- RUBIO, Mauricio, "La justicia penal", en Santos, Boaventura y Mauricio García, (dirs.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES, 2001.
- SACHS, Jeffrey, *Globalization and The Rule of Law*, New Haven, Yale University Press, 1999.
- SANTOS, Boaventura, *Toward a New Common Sense*, London, Routledge, 1999.
- , *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA-Universidad Nacional, 1998.
- , "The GATT of Law and Democracy", en: Feest, Johannes (ed.), *Globalization and Legal Cultures*, Oñati: IISJ, 1999.
- , "Derecho y democracia: La reforma global de la justicia", en Santos, Boaventura y Mauricio García (dirs.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES, 2001.
- SHIHATA, Ibrahim F. I., "Judicial Reform in Developing Countries and the Role of the World Bank", en Rowat et al. (ed.), *Judicial Reform in Latin American and the Caribbean*, Washington D.C., The World Bank 1995a.
- SHIHATA, Ibrahim F. I., "Legal Framework for Development: The World Bank's Role in Legal and Judicial Reform", en Rowat et al. (ed.), *Judicial Reform in Latin American and the Caribbean*, Washington D.C., The World Bank, 1995b.
- SHIHATA, Ibrahim F. I., "The World Bank", en IDB, *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington D.C., Inter-American Development Bank, 1998.
- SNYDER, Francis G., "The Failure of Law and Development", *Wisconsin Law Review*, 1982: 373-395.

- TAMANAH, Brian, "Law and Development", *The American Journal of International Law*, 1995, 89: 470-485.
- TRUBEK, David y John ESSER, "'Critical Empiricism' and the American Critical Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora Box?", en Joerges, Christian y David Trubek (eds), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos, 1989.
- TRUBEK, David y Marc GALANTER, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", *Wisconsin Law Review*, 1974, 1062-1102.
- TRUBEK, David M., "Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement", *Florida State University Law Review*, 1990, 18: 4-54.
- Universidad Diego Portales, *El nuevo proceso penal*, Cuadernos de Trabajo. N° 2, Santiago, UDP, 2000.
- UPRIMNY, Rodrigo, "Fiscal general o General fiscal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle* N° 20, 1994.
- VAKY, Paul, "U.S. Agency for International Development", en *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington D.C., Inter-American Development Bank, 1998.
- WATSON, Alan, *Legal Transplants*, Charlottesville, The University Press of Virginia, 1974.
- WEDER, Beatrice, "Legal System and Economic Performance: The Empirical Evidence", en Rowat et al. (ed.), *Judicial Reform in Latin American and the Caribbean*, Washington D.C., The World Bank, 1995.

PODER JUDICIAL COMUNAL: ALTERNATIVA DE PARADIGMA EN LOS PROCESOS DE REFORMA JUDICIAL

El caso de los aymaras del sur andino

ANTONIO PEÑA JUMPA*

Introducción

Los procesos de reforma del poder judicial reiniciados en los últimos años en los países latinoamericanos han omitido, adrede o por desconocimiento, que frente a problemas estructurales o sistémicos que aquejan el servicio de justicia, existen alternativas originarias que pueden conducirnos por aquellos objetivos deseados para tales reformas: el fortalecimiento de las instituciones políticas, el incremento de los niveles de confianza en las decisiones y en el actuar de los órganos vinculados a la administración de justicia, así como la creación de una mayor estabilidad política y social que favorezca el desarrollo económico y social en dichos países¹.

Un ejemplo de estas alternativas lo constituye la actuación, el razonamiento y la búsqueda de participación, en dichos procesos, de las comunidades aymaras del sur andino del Perú. Asentadas sobre los 4.000 metros sobre el nivel de mar, las comunidades aymaras se presentan como organizaciones históricas con una particular capacidad de autocomposición o resolución de sus conflictos, en forma complementaria y hasta en oposición a lo que disponen las autoridades u órganos judiciales formales.

A partir de la experiencia de tres comunidades aymaras –Calahuyo, Titihue y Tiquirini-Totería–, ubicadas en el distrito y la provincia de Huancané, Departamento de Puno, pretendemos reflexionar sobre las posibilidades o condiciones de dichas comunidades como alternativas originarias de diálogo y actuación en el tema de la justicia. Desde la perspectiva del Estado,

Abogado con maestría en antropología (PUCP) y postgrado en migración forzada (Universidad de Oxford). Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<apena@pucp.edu.pe>

Estos objetivos aparecen registrados en la convocatoria del "Concurso de ensayo sobre reforma judicial", ILSA, 1999-2000.

dichas comunidades constituyen y se pueden convertir en las grandes y simples instancias de distribución del poder jurisdiccional con el propósito de alcanzar los grandes objetivos de las iniciativas de reformas.

Bajo dicha perspectiva, las líneas siguientes parten de la teoría del poder judicial Estatal, que guía como paradigma el servicio de la justicia o los sistemas de resolución de conflictos oficiales que identifican a los Estados latinoamericanos, para luego compararla con la realidad y, particularmente, con las limitaciones que nos ofrecen países pluriculturales como el Perú. Dentro de este último propósito presentamos la experiencia de las comunidades aymaras del sur andino, a través del grupo de comunidades mencionadas, desde donde se puede apreciar una justificada crítica y resistencia a las “autoridades judiciales de la ciudad” y la construcción de sistemas propios de resolución a los que denominamos poder judicial Comunal Aymará. La información de esta parte de la investigación corresponde a la recopilada en un trabajo de campo iniciado el año 1988 (Peña, 1991, 1998) y actualizado en el mes de octubre de 1999. En la parte final del estudio reflexionamos sobre los alcances y desafíos de dicho poder judicial comunal.

Poder judicial estatal en el contexto latinoamericano

El concepto de poder judicial o poder jurisdiccional nace con la idea del Estado liberal o moderno. Este adquiere el carácter de tal con el dogma de la separación de poderes políticos². El poder judicial o jurisdiccional se presenta así como uno de los grandes poderes políticos del Estado al lado de los poderes ejecutivo y legislativo. Al igual que éstos, dicho poder es identificado con facultades o atribuciones independientes, encargado de la resolución de los conflictos y el control de la legalidad, a pesar de que en los inicios de formulación del dogma Montesquieu nunca quiso resaltar tal separación en forma rigurosa sino el solo hecho de que tales poderes no se concentren en una sola persona³.

Duverger (1970), define el poder judicial o jurisdiccional (prefiere utilizar este último término) como aquel poder político identificado con una función que proviene de su propia etimología: definir o decir el derecho (*jurisdictio*: acción de decir el derecho) (1970: 221). Dicha función es entendida por el mismo autor bajo tres poderes o dimensiones: el poder de interpretación, el poder de decisión *ejecutorio*, y la autoridad de *cosa juzgada*.

Sobre el primero de ellos, el poder de interpretación, sostiene Duverger que tal poder rebasa ampliamente lo que podemos entender por

² La asimilación de la doctrina de la separación de poderes como dogma aparece destacado por Touchard (1964: 311), Duverger (1970: 219-220), Lucas Verdú (1983: 169).

³ Touchard (1964), desarrollando el pensamiento político de Montesquieu, señala: “En realidad, no existe en Montesquieu una teoría (jurídica) de la separación de poderes, sino una concepción (política-social) del equilibrio de poderes, equilibrio que tiende a consagrar a un poder entre los demás: el de la aristocracia” (1964: 311).

interpretación dado que, en determinadas situaciones, dentro de aquél se puede suscitar una labor propiamente de creación del derecho. El desborde de tal labor de interpretación se puede dar:

...Primero, porque muchos textos son oscuros o ambiguos y presentan de esta forma varios sentidos igualmente plausibles. Los jueces al escoger uno de ellos crean el derecho tanto como lo aplican. Después, los textos no lo reglamentan todo: tienen muchas lagunas, no observan todos los problemas. Ahora bien, los jueces deben siempre “decir el derecho” cuando se les presenta una petición con este motivo; no pueden refugiarse tras el silencio de los textos para negarse a juzgar. Por tanto, cuando los textos guardan silencio, los jueces están obligados a elaborar ellos mismos la solución jurídica, ilustrándose de las tradiciones, en los trabajos preparatorios de los textos, y, sobre todo, en los principios generales del derecho. De esta manera, su jurisprudencia participa en la creación del derecho, es decir, en la toma de decisiones: no es solamente una interpretación. (1970: 221-222.)⁴

De otro lado, sobre el poder de decisión *ejecutorio* el mismo autor señala que se refiere a la facultad o atribución de parte de los jueces de “sacar las consecuencias” o materializar el derecho ya enunciado, es decir “aplicarlo”, frente a cualquier persona o autoridad:

...Los tribunales determinan las obligaciones de las personas a las que el derecho se aplica y dan la orden de ejecutar estas obligaciones; sus sentencias son “ejecutorias”. La orden de ejecución no sólo se aplica a los ciudadanos y a las personas privadas; también se aplica a las autoridades públicas, cualesquiera que sean. El Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno, los ministros, están obligados a aplicar las decisiones judiciales: incluso el parlamento debe inclinarse si los tribunales declaran inconstitucional una ley votada por él. Estas órdenes de ejecución pueden referirse únicamente a actos jurídicos (anulación de una ley, de un decreto, de un nombramiento de funcionarios, etc.). Pero más frecuentemente se refieren a actos materiales, ya se trate de la orden de pagar los daños y perjuicios, o de la orden de ejecutar una condena penal (1970: 222.)

Por último, Duverger al hablar del poder de la autoridad de *cosa juzgada*, se refiere al hecho de que las decisiones dadas por los jueces o tribunales sean definitivas, es decir, que “no pueden ser planteadas de nuevo”:

...Ni los ciudadanos ni los gobernantes pueden reemprender un nuevo proceso sobre el problema resuelto por los jueces. Todos

⁴ Cabe señalar que esta forma de abordar la labor de los jueces es destacada también por el método positivista de la dogmática o la construcción de conceptos (ver al respecto a Hernández Gil, 1945: capítulo IV).

deben inclinarse ante la decisión que aquellos han tomado, la cual posee fuerza de verdad legal. Solamente existen algunos atenuantes a estas reglas. El derecho de gracia del Jefe de Estado y las posibilidades de remisión de la pena por las autoridades penitenciarias permiten modificar las decisiones materiales de los jueces en materia penal; pero no modifican la sentencia en lo que se refiere a la culpabilidad del acusado. La elaboración de un texto jurídico nuevo por los gobernantes, para reemplazar el texto antiguo, cuya interpretación por los tribunales no les agrada, sólo vale para el porvenir (este es el principio fundamental de la retroactividad de las leyes); de cualquier manera, no afecta a la sentencia que define la interpretación del texto antiguo. Sólo el recurso de revisión permite volver a examinar la *cosa juzgada*; pero es muy poco frecuente. (1970: 223.)

Bajo estas tres dimensiones o criterios señalados por Duverger se construye lo que podríamos denominar el concepto de poder judicial en el Estado liberal o moderno. “Decir” o “definir el derecho” frente al conflicto, dentro de este concepto de Estado, involucra un poder de interpretación o creación del derecho, un poder de ejecución o de ordenar que se cumpla la decisión de derecho ya tomada, y el poder de llegar a oponer frente a todos la validez definitiva de la misma decisión de derecho. Estas tres dimensiones se presentan como las garantías o los paradigmas del ejercicio de la función jurisdiccional que conduce a definir un concepto de Estado de derecho o, también, lo que se entiende por Estado democrático.

Pero lo particular de dicha composición jurisdiccional es que, así esbozada, está identificada con un tipo o modelo de Estado: el Estado monista o Estado moderno. Es decir, la forma como son diseñadas las tres dimensiones del poder judicial o jurisdiccional tienen que ver con una forma de organización, una forma de estructura, de actuación, de sometimiento que no es otra que la de un modelo centralista o monocentrista.

Heller (1987), refiriéndose al origen del Estado monista, destaca su surgimiento en Europa luego de superar la atomización política existente en la edad feudal, bajo formas y etapas muy distintas en la diversidad de naciones:

...La atomización política se venció primeramente en Inglaterra. Es este el único reino en que, gracias a la energía de los reyes normandos, se logra crear, ya en el siglo XI, una organización política relativamente fuerte en medio de la jerarquía feudal. Una manifestación precoz del Estado moderno fue el creado en la primera mitad del siglo XIII en Sicilia por el genial Federico II, quien sustrajo en forma radical al sistema feudal el ejército, la justicia, la policía y la administración financiera, centralizándolos todos de modo burocrático. Los orígenes propiamente dichos del Estado moderno y de las ideas que a él corresponden

hay que buscarlos, sin embargo, en las ciudades-repúblicas de la Italia septentrional en el Renacimiento. De Florencia era Nicolás Maquiavelo, cuyo *príncipe* introduce en la literatura el término *lo stato* para designar el nuevo *status* político (Jellinek, *Staatslehre*, pp. 132 s), a la vez que analiza, de una manera sumamente viva, la *ragione di stato* de la edad moderna. (1987: 145.)

De acuerdo con Heller, se puede hablar de Estado cuando las monarquías o poliarquías se convierten en “unidades de poder continuas y reciamente organizadas”, con “un solo ejército”, una “única y competente jerarquía de funcionarios” y un “orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general”⁵ (Ibidem). Con ello se desarrollaría el monismo del poder, que tendría el carácter de ser relativamente estático frente a los hechos o fenómenos sociales –siguiendo la misma concepción de Heller–, y que iría a reproducirse en cada uno de los poderes o componentes que se integran al concepto de Estado⁶.

De esta forma, el poder judicial o jurisdiccional que se ha esbozado recoge tal criterio monista: el poder de interpretación, el poder de decisión *ejecutivo*, como la propia autoridad de *cosa juzgada*, sólo tienen razón de ser en tanto se integran a ese monismo y reproducen el propio monismo en sí, caso contrario dejarían de ser denominados modernamente poder del Estado. Entonces, hablamos de un poder judicial unitario, jerárquicamente organizado, independiente y autónomo⁷. Unitario, en tanto todo el poder judicial se estructura como uno solo, sin admitir partes desagregadas o dispersas; jerárquico, en tanto cada una de las partes se estructuran de manera escalonada, normalmente con una corte suprema como órgano supremo y el juzgado de paz como órgano inferior; independiente, en tanto la labor jurisdiccional que desarrolla cada uno de los órganos del poder judicial no admite injerencia externa de ningún otro poder o autoridad; y autónomo, en tanto el poder judicial como un todo tiene capacidad de autogobernarse, al establecer, designar y administrar su presupuesto, sus diferentes juzgados y hasta la propia promoción de sus miembros.

Siguiendo el desarrollo de los países europeos, los Estados latinoamericanos se integraron al concepto de Estado y de poder judicial antes citado. Sobrellevando su pasado precolonial y colonial, cada sociedad o país latinoamericano construirá e impondrá su república bajo la idea de

⁵ El criterio de aplicación general del indicado “orden jurídico unitario” es coincidente con lo que señala Max Weber, cuando se refiere al tipo de derecho racional-formal (1974: 511).

⁶ Heller (1987), llega a destacar la presencia del Estado, en su expresión de centralización del poder, como el propio formador o promotor de los conceptos de pueblo y nación. En opinión de dicho autor, es después de la conceptualización o construcción del Estado que los conceptos de pueblo y nación tuvieron el significado que se les otorga en la actualidad (Heller, 1987: 177).

⁷ Disposiciones que son recogidas en las actuales constituciones políticas como es el caso de la Constitución Política Peruana, en sus artículos 138 y 139.

un poder centralizado o monista. Tal es así que países como Perú, en su primera constitución del año 1823, dos años después de la declaración de su independencia, definirá el poder judicial en los siguientes términos: "Artículo 95.- Reside exclusivamente el ejercicio de este poder (el poder judicial) en los tribunales de Justicia y Juzgados subalternos en el orden que designen las leyes"⁸.

A los constituyentes y gobernantes de las nuevas repúblicas latinoamericanas no les importó el pasado precolonial identificado con la cultura de masas de poblaciones de indígenas, inmigrantes negros forzados, y el creciente número de poblaciones mestizas. Siguiendo la teoría que destaca Heller (1987: *ibid*), se pensó y se sigue pensando en construir la nación desde el Estado, integrando la diversidad de pueblos o culturas a través del paradigma del poder monista en cada uno de sus componentes como es el caso del poder judicial.

Retomando el caso de Perú, que puede asemejarse a un gran número de países latinoamericanos, cabe referir que la construcción e imposición de la naciente república, bajo el modelo de Estado y poder judicial moderno, no tuvo en cuenta la presencia de una pluriculturalidad del país que en un 70% de su población se identificaba con comunidades quechuas y aymaras de la sierra del país, y con más de 70 grupos étnicos en la amazonia del mismo. Hoy en día esta población sigue abarcando un gran número, que estimamos en un 40% de la población nacional, y a la que hay que sumar el número mayoritario de mestizos y migrantes quienes, desplazados a las grandes ciudades continúan manteniendo su idioma como un referente de identidad con dichas comunidades. Estos grupos, juntos, nuevamente compondrían un 70% de la población del país⁹.

El mismo modelo asumido tampoco tuvo en cuenta la experiencia del colonaje español y sus defectos que, luego de 300 años de dominación, había dejado una cultura administrativa monárquica de separación y dis-

⁸ Constitución Política del Perú de 1823 (entre paréntesis nuestro). Como puede apreciarse, la citada norma reproduce el carácter unitario y jerárquico del concepto de poder judicial que se conoce en la actualidad.

⁹ Las cifras indicadas son aproximadas a partir de la recopilación de información en diversos trabajos de campo. En el caso de las comunidades aymaras de estudio, por ejemplo, se sabe que poblaciones semejantes a las registradas actualmente aparecen multiplicadas a través de sus migrantes en grandes ciudades como Lima, Arequipa y Tacna. Cuando menos tres veces el mismo número de las comunidades aparecen reproducidas en estas ciudades. De otro lado, cabe citar las cifras que, a partir de una apreciación etno-lingüística, entrega Bonifacio Cruz (1992), teniendo como fuente el censo peruano de 1982 y el censo boliviano de 1975:

Grupo étnico	Perú	Bolivia
Quechuas	9'900.000	3'150.365
Aymara	1'540.000	2'850.000
Castellano	10'252.000	900.000
Amazónicos	308.000	600.000
TOTAL	22'000.000	7'500.365

criminación del "indígena". Con la declaración de la independencia de tal colonaje no se potenció un desarrollo y promoción de ese individuo que representaba la mayoría de la población, sólo se fortaleció el líder criollo ilustrado que, en la mayoría de los casos, había dirigido las batallas por la independencia y con ello se encontraba legitimado para dirigir también el país. Como señala Felipe Sáez (1998), comparando el proceso de independencia de los países latinoamericanos con el proceso que ocurrió en Estados Unidos; después de las guerras de independencia de las colonias españolas, en América Latina las fuerzas generadoras del cambio no produjeron el tipo de transformación institucional que ocurrió en Norteamérica, donde el individuo se valorizó frente al Estado, limitándose los poderes absolutos y promoviendo la participación popular en los procesos de toma de decisión, incluida la labor jurisdiccional como era el caso del jurado de conciencia (1998: 13).

En América Latina, continúa Felipe Sáez, con la independencia se mantuvieron estructuras institucionales autoritarias, identificadas políticamente a través de relaciones de poder altamente personalizadas (redes de parentesco, prestigio familiar, etc.), y económicamente a través de una "burocracia arbitraria e intervencionista que generaba inseguridades en los derechos a la propiedad" (1998: *ibid*). Citando a John Merryman (1996)¹⁰, Felipe Sáez refiere que en la esfera judicial, las nacientes Repúblicas latinoamericanas incurrieron en lo que se ha denominado la "Desviación Francesa": abrazaron la doctrina de la separación de poderes de la Francia prerrevolucionaria careciendo de la experiencia de los *parlements* franceses¹¹. Los efectos no se dejarían esperar:

...Como consecuencia de la doctrina de separación de poderes adoptada por los gobiernos post-revolucionarios de la región, los jueces, en contraste con su experiencia de amplios poderes administrativos y ejecutivos durante el periodo colonial, "no podían emitir regulaciones, cuestionar la legalidad de las regulaciones administrativas, ordenanzas u otras acciones del Ejecutivo, examinar la conducta de los funcionarios u obligar a funciona-

¹⁰ La cita se refiere a John Merryman, "The French Deviation", en *The American Journal of Comparative Law*, Winter, 1996.

¹¹ En una cita textual Felipe Sáez (1998, nota 17), recoge la siguiente explicación de John Merryman (1996): "En la Francia pre-revolucionaria los *parlements* regionales se constituyeron en los centros de Epoder conservador. Los jueces, miembros conscientes de una aristocracia de la toga, se identificaron y simpatizaron con la aristocracia terrateniente en contra de la autoridad real en París. Ellos 'interpretaron' la legislación real con el fin de privarla de los efectos perseguidos, se negaban a registrar los edictos reales y entorpecían a los funcionarios reales el desempeño de sus funciones. Los críticos del Antiguo Régimen condenaron a los *parlements* y desarrollaron la teoría de que la responsabilidad por esta situación descansaba en los jueces, en cuanto jueces; que existía una tendencia natural al exceso judicial que solo podía ser controlado mediante la protección rigurosa de los poderes legislativo y ejecutivo de cualquier forma de control judicial" (Tomado de Merryman, 1996: 109-110).

rios poco dispuestos a cumplir con sus deberes legales". De la misma forma, restricciones similares fueron establecidas para prevenir la interferencia judicial en la esfera legislativa: "los jueces no podían legislar o en cualquier forma hacer reglas aplicables a casos futuros... no podían cuestionar la validez o alterar el significado de la legislación. La función judicial consistía en aplicar la ley a los hechos y declarar el resultado"... El juez estaba entonces restringido a decidir los casos con base exclusiva en las normas de la legislación existente y en circunstancias excepcionales de la costumbre, eliminándose la posibilidad de invocar precedentes judiciales. (1998: 14.)¹²

CUADRO 1
DESARROLLO Y CONFIANZA CIUDADANA EN LA JUSTICIA

País	Nivel de confianza	PNB real per cápita (US\$)
Japón	68%	19.390
Alemania	67%	19.770
Reino Unido	66%	16.340
Francia	55%	18.430
Uruguay	53%	6.670
Estados Unidos	51%	22.130
Italia	43%	17.040
España	41%	12.670
Costa Rica	39%	5.100
Republica Dominicana	33%	3.080
Chile	27%	7.060
Colombia	26%	5.460
El Salvador	25%	2.110
México	22%	7.170
Venezuela	22%	8.120
Bolivia	21%	2.170
Perú	21%	3.110
Ecuador	16%	4.140
Guatemala	15%	3.180

Fuente: Jorge Obando, "Reforma del sector justicia", en *PNUD, gobernabilidad y Desarrollo democrático en América Latina y el Caribe*, 1997.

¹² La referencia entre comillas de la cita, corresponde al texto de John Merryman (1996) antes referido.

Pero la consecuencia más profunda fue la generalizada subestimación de la función judicial "como algo estrecho, mecánico y sin creatividad y la representación de los jueces como funcionarios...al final de la escala de prestigio dentro de la profesión legal"¹³.

Bajo este contexto no dejan de sorprender los niveles de rechazo de la población latinoamericana por los sistemas judiciales de sus respectivos países. En el cuadro 1 puede apreciarse que los países latinoamericanos, con excepción de Uruguay, tienen una baja tasa en los niveles de percepción y aceptación ciudadana sobre el sector justicia, los sistemas judiciales o el poder judicial de cada país. Lo más llamativo, sin embargo, es que son los países con mayor población indígena, como México, Bolivia, Perú, Ecuador y Guatemala, los que tienen el nivel más bajo de confianza ciudadana. ¿Por qué en estos países no se desarrolló el modelo de Estado y poder judicial concebido teóricamente en Europa? ¿Qué es lo que produce que los niveles de aceptación del poder judicial de los países latinoamericanos no tengan los mismos porcentajes de aceptación que los de los países europeos? Al respecto, nuestra hipótesis consiste en sustentar que los procesos sociales y el contexto cultural o pluricultural que ha identificado cada país lo ha hecho resistente a cualquier modelo de Estado y poder judicial que no los contemple. Factores como el de la diversidad cultural de los países latinoamericanos mencionados se presentan como más complejos que el de la instauración o transplante de modelos de Estado y poder judicial como el citado.

Al recorrer la experiencia de los aymaras del sur andino se explicará en mayor detalle la respuesta a dicha hipótesis.

Los aymaras del sur andino y las causas del rechazo de la justicia estatal

El sur andino se encuentra poblado por tres grupos culturales importantes: las poblaciones quechuas, organizadas en comunidades campesinas principalmente; la población mestiza hispano hablante, identificada con la modernidad y la cultura occidental de las ciudades; y los aymaras, también organizados a través de comunidades campesinas. El sur andino comprende la región que circunda el lago Titicaca, en las fronteras del Perú y Bolivia, sin embargo, nuestra muestra de investigación se remite al lado peruano, específicamente al distrito y provincia de Huancané en el Departamento de Puno.

Como distrito, Huancané comprende una extensión de 381.62 km², con una población estimada en 27.288 habitantes, conforme al último censo nacional de 1993 (INEI, 1994b: 361). Dicha población habla aymara y es eminentemente rural: del total de habitantes, 18.959 declararon tener por

¹³ Texto de John Merryman (1996), citado por Felipe Sáez (1998: 14).

idioma materno aprendido en su niñez el aymara (Ibídem), y 20.326 declararon vivir en los centros poblados rurales (INEI, 1994c: 1091), identificados con las comunidades campesinas y parcialidades.

La recopilación de información para el estudio de la presencia de los sistemas de resolución de conflictos en dicha población se centra en tres comunidades: la comunidad de Calahuyo, la comunidad de Titihue y la comunidad de Tiquirini-Totería, todas ellas ubicadas aproximadamente a dos horas y media a pie de la ciudad capital del distrito de Huancané.

La comunidad de Calahuyo (Cala=piedra, huyo=corral), fue reconocida oficialmente como comunidad campesina el 5 de febrero de 1976. Se encuentra ubicada en la parte noroeste del distrito de Huancané, en la zona ecológica denominada "intermedia", entre la puna y la zona lago, con una extensión de 383 hectáreas. Su población actual es de 250 habitantes aproximadamente, con un registro de 99 electores¹⁴.

La comunidad de Titihue (Titihue=titimes, gato del monte), oficialmente fue reconocida como comunidad el 11 de marzo de 1977. Se encuentra ubicada en la parte oeste del distrito de Huancané, en el piso ecológico denominado "zona lago", frente al lago de Titihue que es adyacente al lago Titicaca, con una extensión total de 1.013,83 hectáreas. Su población se estima en 1.240 habitantes, con un total de 249 electores¹⁵, los mismos que se encuentran distribuidos en los tres sectores que comprende la comunidad: Jacha Titihue, Central Titihue y Pampa Titihue.

La comunidad de Tiquirini-Totería (Tiqui=flor, rin=lugar; y tote=dote, regalo), es el nombre de una comunidad dividida o "desmembrada"¹⁶ de otra mayor cuyo nombre era Quishuarani-Tiquirini, y cuyo reconocimiento data del 13 de mayo de 1975. La actual comunidad Tiquirini-Totería fue reconocida el 15 de octubre de 1998, y está ubicada en la parte noreste del distrito de Huancané, en la zona ecológica "intermedia", similar a Calahuyo, con una extensión de 299 hectáreas¹⁷. Su población se estima en 284 habitantes, de los cuales 126 constituyen el total de electores, y 158 tienen el carácter de "hijos menores"¹⁸. En total se divide en tres sectores, dos que corresponden a la sede de la comunidad, denominados Tiquirini y Totería, y el tercero que corresponde al terreno adjudicado en la zona puna de Condoraque.

Las tres comunidades comparten una organización social, económica y cultural semejante. En su organización social destacan dos niveles

¹⁴ Documento de registro de la comunidad, mayo de 1999.

¹⁵ Titihue, padrón de electores de la comunidad de diciembre de 1998.

¹⁶ Expresión o término que los propios comuneros suelen utilizar (Huancané, octubre de 1999).

¹⁷ Cabe señalar que en 1987, en pleno proceso de "desmembramiento", la comunidad consiguió la adjudicación de un terreno de 1.000 hectáreas ubicado en la zona "puna", el mismo que ha sido identificado como el sector Condoraque, destinado a la crianza de ganado ovino.

¹⁸ Tiquirini-Totería, padrón elaborado por la misma comunidad en diciembre de 1998.

organizativos: la organización familiar, guiada por relaciones de parentesco patrilineales, y la organización comunal, que comprende a las autoridades políticas-comunales –en las que se destacan el presidente y el teniente gobernador– y a la asamblea comunal –instancia máxima que reúne al conjunto de familias comuneras. En su organización económica, se destaca una particular posesión de la tierra, a través de parcelas familiares que oscilan entre una y ocho hectáreas, las que dedican al cultivo de productos de panllevar para su autoconsumo y el alimento del ganado vacuno y ovino que, a su vez, se constituye en el medio de ahorro para el intercambio de productos que provienen de la ciudad. En su organización cultural, por último, se destaca una particular concepción de la vida, vinculada a la naturaleza –relación cosmogónica–, que construye su concepto de ser humano, sus alianzas matrimoniales, la realización de sus fiestas patronales, el año calendario agrícola en su relación con la tierra, y hasta el control de sus relaciones sociales, como resulta ser la creencia de que la naturaleza "castiga" con granizadas o heladas cuando se cometen actos "inmorales" como el adulterio o el aborto¹⁹.

El conjunto de las comunidades citadas resulta representativo para presentar las razones por las cuales ellas se encuentran disconformes con la actuación de las autoridades u órganos oficiales encargados de la labor jurisdiccional en el distrito o provincia a la que pertenecen sus comunidades. En un trabajo de campo anterior (1998, 1989), actualizado en el mes de octubre de 1999, pudimos confirmar la existencia de causas recientes que generaban el rechazo a los "jueces de la ciudad"²⁰ y enarbolaban la autonomía jurisdiccional de las comunidades contrariando el concepto de poder judicial establecido bajo el sistema jurídico del Estado. Dichas causas se resumían en tres, de acuerdo con el testimonio de uno de los miembros de una de las comunidades: la primera, debido a que "dichos señores cobran muy caro"; segundo, porque "les gusta alargar los juicios"; y tercero, porque "al final no resuelven nada"²¹.

¹⁹ Para un mayor detalle de cada una de estas características puede verse a Peña (1998, 2000). Cabe tener presente también que las tres comunidades de estudio guardan semejanza en los niveles de organización presentada, pero también es posible establecer diferencias por la ubicación de la comunidad en el piso ecológico (por ejemplo Titihue, por encontrarse en la zona "lago" tiene extraordinarias condiciones para la cría y engorde de ganado por la abundancia de alimento húmedo), por el tamaño de la comunidad (comunidades como Titihue y Tiquirini-Totería se dividen en sectores, identificando en cada uno de ellos a nuevas autoridades o a un mayor número de comisiones, a diferencia de Calahuyo que comprende un solo sector), así como por la propia actitud de sus miembros (comunidades como Calahuyo y Tiquirini-Totería cuentan con familias dedicadas exclusivamente al negocio del ganado, que viajan por ciudades alejadas con el propósito de comprar y vender ganado vacuno).

²⁰ Términos con los que normalmente los comuneros aymaras se refieren a los jueces u órganos de resolución del poder judicial estatal.

²¹ Testimonio de un dirigente de la comunidad de Tiquirini-Totería, de quien nos reservamos su nombre (Huancané, abril de 1988, octubre 1999). Sin embargo, aquí se debe

Costos del acceso a la justicia del Estado

Pasara (1984), analiza el tema de los costos de la justicia del Estado peruano como un problema de “mercantilización de la justicia”. Sustenta que para acceder a la justicia oficial hay que pagar un precio, el cual se compone de tres tipos de gastos o costos: los gastos directos, que son los que realiza quien comparece ante un juzgado; los gastos indirectos, que son aquellos necesarios para trasladarse hasta el lugar donde hay un juzgado disponible; y los costos de oportunidad, “constituidos especialmente a partir de la larga duración de los procesos que da lugar a la reposición de derechos cuando su sola suspensión ha ocasionado ya perjuicios irreparables” (1984: 202).

La experiencia de los comuneros o campesinos de Huancané no escapa a dicho cálculo de gastos o costos. Sin embargo, el agravante para tales comuneros es que carecen de recursos o capacidad de ahorro para asumir tales gastos.

En opinión de los comuneros, dentro de un trámite normal ante las autoridades de la ciudad saben que tienen que asumir como suyos los gastos de transporte o desplazamiento a la ciudad y los gastos relativos a su alimentación en el lugar (gastos indirectos), así como el pago de aranceles judiciales, el pago del abogado u asesor²² y el pago de movilidad o transporte de las autoridades judiciales o políticas y policiales cuando tienen que actuar en una diligencia particular fuera de sus despachos (gastos directos). Conocen que el abogado –al igual que las autoridades oficiales que intervienen en los procedimientos de resolución– “no funciona” si no se le paga un “honorario” para cada acto procesal o no se le brindan las “facilidades” del caso para la diligencia que realizará fuera del despacho.

Además, el costo de oportunidad también es notorio en la percepción de los comuneros. El tiempo de espera para el seguimiento del caso ante el despacho del juez o el secretario o fuera del local judicial, o el solo hecho de preocuparse por el desarrollo del proceso o por las diligencias a desarrollar, son entendidos por los comuneros como la pérdida de cientos

señalar que estas causas fueron reiteradas en múltiples oportunidades y de distintas maneras por los comuneros de las comunidades de estudio y otras comunidades visitadas como Huanchó, Chijichaya, Quishuarani y Sustía Munaypa (Huancané, marzo-junio 1988, mayo 1991, marzo 1992, octubre 1999).

La presencia del abogado o asesor se ha hecho común en Huancané, particularmente en los últimos años. Hasta el año 1992, laboraban sólo tres abogados en la ciudad. En octubre de 1999, el número de abogados era de 12. Una explicación de este aumento sería la profesionalización de la justicia en la ciudad de Huancané, al sustituirse los Juzgados de Paz No Letrados por el único Juzgado de Paz Letrado. Pero también se explicaría por la sobrepoblación de profesionales abogados en las grandes ciudades como Juliaca o Puno, que fuerza que los mismos se desplacen a ciudades más pequeñas y alejadas como ocurre con Huancané, ofertando sus servicios a un menor costo y generando el consumo del servicio de los mismos.

de horas que muy bien pudieran ser empleadas en el cumplimiento de sus actividades económicas.

Sin embargo, estos son sólo como los gastos o costos “normales” dentro del funcionamiento de los sistemas judiciales o de las autoridades oficiales del Estado, pues aparte de estos los comuneros tienen que sumar “costos ilegales”. Los litigantes guardan en el recuerdo, y saben que tienen que asumirlo si es que se encuentran en algún litigio ante un despacho oficial, el pago de “cobros extras” requeridos directa o indirectamente por las propias autoridades con el objeto de conseguir el avance y un buen resultado de su proceso judicial o la denuncia presentada ante las autoridades políticas o policiales. Se trata de pagos de dinero en efectivo o de pagos en bienes (animales o productos agrícolas) por el “servicio”, que históricamente han requerido las autoridades oficiales para llevar a cabo una diligencia. Con ello sí es posible hablar del pago de exagerados gastos o costos legales e ilegales en perjuicio de los comuneros y campesinos. Algunos ejemplos lo pueden evidenciar mejor.

En Titihue, el 7 de mayo de 1988 ocurrió un homicidio. Los comuneros entendieron que, por su “gravedad”, este hecho debía ser de competencia de los “jueces de la ciudad”, así que sometieron el delito ante dichas autoridades. Pero poco después se arrepentirían de tal decisión; desviar su competencia les costaría muy caro. Para empezar, tuvieron que pagar 32.000 intis (el equivalente a un torete Brown Swis, en aquella fecha) para el levantamiento del cadáver, suma que sería distribuida entre el juez, su secretario, el médico legista, su enfermero, el abogado y el gasto de transporte. Luego, en la morgue de Huancané, tuvieron que desembolsar una cantidad similar para la devolución del cadáver después de la autopsia. Para ello los comuneros, más precisamente los familiares del occiso, tuvieron que vender gran parte de su ganado criollo para pagarles. Y esto era sólo el inicio del juicio²³.

Otro caso semejante, ocurrido algunos años después en la misma comunidad de Titihue, puede ilustrar el mismo problema. El 19 de marzo de 1991, nos cuentan los comuneros dirigentes, cayó un relámpago sobre una de las casas de la comunidad. En tal accidente murió una comunera. Como se trató de la muerte de una persona por accidente en la comunidad, el teniente del sector inició de inmediato la gestión del levantamiento del cadáver. Entonces, aparecieron de nuevo el juez de primera instancia, un secretario, un juez de paz, el médico del hospital que hacía de médico

²³ Tuvimos oportunidad de presenciar este hecho durante nuestro primer trabajo de campo, en el que nos encontrábamos compartiendo un curso de capacitación con los comuneros de Titihue. Como efecto inmediato del caso, los familiares del occiso, luego de afrontar los enormes gastos, con el aval de Asamblea Comunal se cobraron por la fuerza cogieron algunas cabezas de ganado de los familiares de quien conocían como homicida –el mismo que había huido–, suscitándose de este modo otro conflicto más que afectaría el orden de la comunidad (Titihue, mayo de 1988).

forense, un “técnico cortador” y dos peritos. Cada una de estas personas exigió el cobro de 25,00 intis/millón. Sumando los costos del transporte, el cobro ascendía a 200,00 intis/millón ó 200,00 soles de aquella fecha²⁴. Con la experiencia anterior –la del mes de mayo de 1988–, los dirigentes comuneros se negaron a pagar, pero cuando fueron advertidos de que serían acusados de la muerte de la comunera, tuvieron que buscar inmediatamente el dinero con el objeto de cumplir con el pago indicado. Sin duda, se sumaba otra vez la pérdida de un torete Brown Swis²⁵.

En otros casos menores, los propios jueces de paz de la ciudad también solían cobrar sumas exorbitantes a los campesinos. Ante una simple conciliación de dos familias campesinas en riña, por ejemplo, a febrero de 1989 las referidas autoridades cobraban entre 20.000 y 25.000 intis a cada una; al mes de marzo de 1992, esa referencia de cobro estaba actualizada en 20.00 nuevos soles; en el mes de julio de 1996, la misma referencia de cobro ascendía a 50,00 ó 60,00 nuevos soles. En cualquiera de dichos cobros, el referente de precio del servicio por la conciliación podía compararse al de un ovino pequeño del lugar.

Es decir, coincidiendo nuevamente con la afirmación de uno de los comuneros de Tiquirini-Totería, la actividad judicial oficial se presenta dentro del distrito como un “gran negocio”. Quien asume el cargo de juez o administrador de un juzgado sabe que puede enriquecerse económicamente a través de la simple firma de resoluciones desde su despacho o su asistencia a diligencias o actos procesales importantes dentro del desarrollo de un juicio. Más aún, esta persona no dudará en enriquecerse al saber que tiene al frente como recurrentes “campesinos analfabetos”²⁶, desesperados por resolver muchas veces conflictos “insignificantes”²⁷ y quienes conocen poco o nada de las normas legales vigentes del Estado. En el caso extremo, algunos comuneros han referido que en el pasado –lo que no excluye que pueda ocurrir en el futuro– ha sido tradición de los jueces de la ciudad efectuar la *tinka al diablo*, con el fin de que las comunidades se encuentren permanentemente en conflictos²⁸.

²⁴ Dicha suma en dólares podía estimarse en 250 a 300, que era el costo equivalente del torete Brown Swis explicado en el caso anterior.

²⁵ Hechos relatados por dos directivos y otros miembros de la comunidad, de quienes nos reservamos sus nombres (Titihue, febrero de 1992).

²⁶ Términos despectivos con los que suele referirse el “misti” o mestizo con educación hacia los campesinos en general de la microrregión.

²⁷ Lo “insignificante” en percepción del “misti” o “mestizo educado” es la referencia a cuestiones patrimoniales de poco valor (en conflictos de linderos por ejemplo), o los conflictos entre comuneros por ofensas o daños al honor.

²⁸ Varios comuneros conocedores de la actividad de los “jueces de la ciudad”, de quienes nos reservamos sus nombres, nos han referido que la *tinka al diablo* se solía hacer por la noche, en uno de los cerros cercanos a la ciudad de Huancané y se simbolizaba a través de diversos alimentos y objetos con que eran identificadas determinadas comunidades y que eran mezclados con el objeto de representar el “pleito” o la riña entre ellos. Dicha *tinka* podía entenderse como una especie de ofrenda o pago al diablo, que

Dilatamiento de los “juicios”

En forma complementaria al problema de los costos de acceso a la justicia de las autoridades oficiales de la ciudad, se suman los efectos del tiempo empleado cuando el campesino o comunero se encuentra ya dentro de un proceso o procedimiento de resolución del cual es parte. El efecto principal es económico, como ya se ha señalado cuando se habló de los costos de oportunidad, pero a su vez se suman otros efectos, particularmente psicológicos o culturales, que están relacionados con el orden o tranquilidad en el interior de la comunidad.

Retomando el caso de homicidio de Titihue, ocurrido el 7 de mayo de 1988, se debe decir que en febrero de 1989 logramos recoger varios reclamos de parte de los comuneros que hacían un seguimiento del proceso penal iniciado. Se había capturado al supuesto homicida, pero el proceso continuaba en la etapa de investigación y con la amenaza de poner en libertad a quien los comuneros estaban convencidos de calificar como “culpable”. Por más que los comuneros insistían en una rápida solución para no continuar con la preocupación del conflicto, el proceso penal continúa dilatándose. En mayo de 1991 ya no había mayor referencia del caso; este continuaba ante el órgano judicial penal pero sin mayor interés por parte de los comuneros. El supuesto inculcado se encontraba en libertad. En marzo de 1992, el conflicto era indiferente para los comuneros, y en octubre de 1999 se desconocía de la sanción aplicada al supuesto homicida y si el proceso penal había finalizado. El interés de los comuneros directamente interesados, y quienes estaban haciendo un seguimiento del mismo, por concluir en un corto tiempo el proceso judicial se había opacado paulatinamente hasta hacerles perder toda intención de reclamo.

Otro ejemplo, más representativo y vivo en el recuerdo de los comuneros, lo constituye la experiencia en el trámite que siguieron los representantes de las comunidades de Huancané en sus múltiples conflictos de tierra. Particularmente los conflictos de colindancia entre comunidades o con las parcialidades vecinas, han constituido procesos judiciales prolongados de diez o más años de duración, sin que al final estos hayan conseguido evitar las riñas colectivas y los enfrentamientos armados entre comunidades y grupos campesinos²⁹. Refieren los comuneros que cada vez

incluía un ritual especial y a personas especializadas en realizarlo. El objetivo era provocar conflictos entre comunidades o comuneros vecinos con el objeto de que los “pleitistas” recurrieran al despacho del juez o secretario que patrocinaba la ceremonia, para conseguir una mayor carga procesal y de esta manera conseguir mayores ingresos económicos (Huancané, mayo 1988, marzo de 1992, octubre de 1999).

²⁹ Viejos dirigentes de Titihue y Calahuyo recuerdan a sus abuelos como apoderados judiciales de sus respectivas comunidades tramitando sus conflictos de tierras con las comunidades o parcialidades vecinas primero en Huancané o Juliaca (juzgado rural, civil o penal de primera instancia), luego en Puno (Corte Superior de Justicia) y posteriormente en Lima (Corte Suprema de Justicia), para de nuevo volver a Huancané o

que acudían por la solución de sus problemas les esperaba la “necesidad” de cumplir con presentar un nuevo escrito de parte de su abogado, el “vuelva Ud. mañana” de parte de los secretarios judiciales o la sorpresiva “nulidad de todo lo actuado” en la resolución del juez.

Ejemplos recientes del dilatamiento de los procesos judiciales se encuentran en los conflictos con los comuneros “residentes”³⁰ que al migrar dejan sus tierras abandonadas, y sobre las cuales las autoridades comunales consideran conveniente y necesaria su utilización. Si bien legalmente, y conforme a la Ley 24656³¹, el conjunto de tierras de la comunidad es de propiedad colectiva o comunal, por tradición se reconoce la existencia de una posesión o propiedad familiar –muy legítima en los comuneros– que ha hecho que tengan incluso títulos de propiedad familiar. Cuando las autoridades comunales deciden utilizar las tierras “abandonadas”, el comunero “residente” se opone iniciando una acción penal (juicio) por “usurpación de la propiedad”. Los dirigentes de turno resultan ser los inculcados y pasarán a requerir del apoyo de toda la comunidad para contratar un abogado y salir al frente en el juicio. La dificultad para discernir entre la validez del título familiar o individual-familiar y la propiedad comunal hace que el proceso judicial se dilate por años, propiciando de parte de los abogados y de los propios actores el desarrollo de estrategias judiciales diferentes que promueven el seguimiento de juicios paralelos ante otros juzgados como es el caso de la “nulidad de contrato” o “nulidad de título” o el de “reivindicación de propiedad” a favor de la comunidad seguidos ante el juez civil, para complicar y dilatar aún más el primer proceso judicial³².

Juliaca, seguir hacia Puno y llegar otra vez hasta Lima en una especie de “segunda vuelta judicial”. El dilatamiento judicial en la búsqueda de solución, como la insatisfacción por las soluciones o resoluciones judiciales parciales, producía que de una a otra parte-colectiva litigante se produjeran “invasiones” o toma de posesión de facto de la tierra que reclamaban, lo que producía a su vez la reacción recíproca de la otra parte colectiva, suscitándose cruentos enfrentamientos con pérdidas de vidas.

El nombre de “residente” es empleado para referirse a los comuneros emigrantes que alcanzan un lugar de residencia o estadía fuera de la comunidad. Supone el hecho de que la familia nuclear toda y no sólo el jefe de familia se haya desplazado.

³¹ La ley N° 24656 se refiere a la Ley General de Comunidades Campesinas, de fecha 14-04-87. El artículo 2º de la citada Ley reconoce la propiedad comunal como un elemento central de la propia concepción de comunidad campesina que regula: “Artículo 2º.- Las comunidades campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la *propiedad comunal de la tierra*, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país”. (Itálicas nuestras.)

³² En nuestro trabajo de campo de octubre de 1999 tuvimos oportunidad de conocer dos casos semejantes al citado, correspondientes a dos comunidades de Huancané, distintas a las comunidades de estudio. Uno es el caso de la comunidad de Huerta Pata (Huancané, entrevista a Benito Gutiérrez, octubre de 1999), cuyo proceso penal por supuesta usurpación fue iniciado en 1993, con detención temporal de los dirigentes de

Negativa de una solución definitiva

De la explicación anterior sobre el dilatamiento de los procesos judiciales o juicios, es fácil deducir la ausencia de una solución final en los conflictos de los comuneros. En opinión de estos las autoridades oficiales no están comprometidas en la conclusión de los conflictos. Por el contrario, para los comuneros es claro que las “autoridades competentes de la ciudad” buscan satisfacer sólo parcialmente a alguna de las partes o, por el contrario, no satisfacer a ninguna con el objeto de conseguir el dilatamiento del conflicto, para recurrir de nuevo al juez o autoridad oficial y, a manera de espiral, se repitan las causas descritas anteriormente.

El caso de los conflictos de tierra es el mejor ejemplo para mostrar la apreciación sobre esta causal de parte de los comuneros. Frente a dichos conflictos las autoridades judiciales (incluido el ministerio público, los secretarios y agentes policiales) podían parcializarse con una de las partes dejando a la otra en absoluta insatisfacción, se veía obligada a iniciar otra acción judicial. También podía ocurrir que frente al reclamo sobre una determinada parcela de terreno por dos comunidades, por ejemplo, las autoridades judiciales decidieran otorgársela a una tercera persona particular portadora de títulos privados históricos, lo que agrandaba el conflicto³³. Esto último ilustra cómo la posible “solución jurídica” basada en supuestos normativos ajenos a los comuneros puede, de un lado, ser utilizada en diferentes direcciones y, de otro lado, servir de instrumento para que los comuneros se convoquen a procesos judiciales interminables³⁴.

Un ejemplo reciente de similares proporciones puede encontrarse en el tema de la sucesión de tierras entre los miembros familiares aymaras. De acuerdo con el Código Civil peruano, todas las personas o individuos heredan por igual, sea varón o mujer y sea primogénito o no. Los comuneros suelen otorgar, bajo la forma de adelanto de herencia, sus tierras a favor de los hijos varones que se encuentran a su lado. Se trata de una suce-

la comunidad en el año 1994. A octubre de 1999, en dicho proceso judicial se desconocía el resultado final del proceso penal. El otro caso correspondía a la Comunidad de Yatupira (Huancané, entrevista a Ceferino Chuqujja Condori, octubre de 1999), cuyo proceso judicial contra los dirigentes de la comunidad por supuesta usurpación de propiedad fue iniciado el mes de mayo de 1998. Frente a tal juicio la dirigencia de la comunidad reaccionó a inicios de 1999 con otro juicio, este es el proceso judicial civil acumulado de “nulidad de acto jurídico y reivindicación”. En octubre de 1999, el proceso penal sobre supuesta usurpación se encontraba aún en su etapa de investigación, en tanto el proceso civil recién se encontraba en la etapa de emplazamiento (notificación) de las partes.

³³ Huancané, entrevistas con dirigentes de la Liga Agraria “24 de junio” de Huancané (mayo de 1988, marzo de 1992, octubre de 1999).

³⁴ El ejemplo anteriormente citado de la comunidad de Yatupira, sobre procesos judiciales paralelos en materia civil y penal sobre las tierras “abandonadas” por los “residentes”, puede servir para entender la posibilidad de resultados adversos a los recurrentes con resultados como el explicado.

sión patrilineal³⁵, pero reforzada por la preferencia de los hijos que están y viven al lado del causante. El problema común se presenta cuando dicho causante fallece y regresan los hijos que con anterioridad habían migrado (“residentes”) reclamando una herencia de tierras similar a la del hijo que se encontraba cerca del causante. El conflicto puede llegar a las autoridades judiciales de la ciudad porque el hijo emigrante o “residente” solamente por “orgullo” puede contratar abogados y litigar contra sus hermanos y la propia comunidad que sólo reconoce a los herederos que se encuentran en esta. Luego de un largo proceso judicial el juez nuevamente se ve facultado a recurrir a las leyes vigentes del Estado –el Código Civil– para dar su decisión reconociendo el derecho de propiedad a todos los hijos por igual³⁶. Al final el conflicto se reproduce, porque la comunidad se negará a admitir al “residente” en su territorio.

A partir de la explicación dada sobre las causas o razones de rechazo u omisión del poder judicial estatal, es posible comprender por qué poblaciones como las comunidades aymaras de Huancané, a través de su organización comunal y de sus numerosas poblaciones migrantes asentadas en las grandes ciudades, están convencidas de las limitaciones de los órganos formales u oficiales encargados de “decir o definir el derecho”. El desarrollo de su organización comunal, al lado de la vieja promoción desplegada por el gremio que las identifica –la Liga Agraria “24 de junio” de Huancané–, han hecho que comunidades como Calahuyo, Titihue y Tiquirini-Totería se atrevan a resolver sus conflictos con aceptación de sus miembros comuneros y sin temores. Estas formas de resolución se tratarán en las páginas siguientes.

El poder judicial comunal aymara

A partir de la explicación desarrollada en los puntos precedente, se puede decir que el concepto de poder judicial comunal proviene de la fusión de los conceptos de “poder judicial” y “comunidad”. Poder judicial entendido como aquel clásico poder del Estado que tiene por función principal la de resolver los conflictos en una sociedad o en un grupo social determinado; en tanto el concepto de “comunidad” se refiere a lo que podríamos entender como grupos sociales integrados por relaciones sentimentales (Weber, 1974: 33)³⁷, bajo características económicas, sociales, culturales e

³⁵ Ver al respecto a Luque (1996).

³⁶ Soluciones como la comentada no son extrañas dentro del poder judicial del Estado peruano, toda vez que la perspectiva positivista-exegética es la predominante en el razonamiento de los jueces. Para un mayor entendimiento de las corrientes del positivismo jurídico puede consultarse a Hernández Gil (1945), y en una versión más actual a Manuel Calvo (1994).

³⁷ Weber define el concepto de comunidad bajo los siguientes términos: “llamamos *comunidad* a una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social –en el caso particular, por término medio o en el tipo puro– se inspira en el *sentimiento*

históricas comunes, cuyos miembros viven regularmente en un espacio territorial definido. En suma, se trataría del ejercicio de la función jurisdiccional o la presencia de sistemas de resolución de conflictos, bajo formas comunitarias.

La experiencia de las comunidades aymaras que se analiza a continuación, tiene en cuenta la concepción citada. Dejando constancia de algunas diferencias dentro de cada comunidad, es posible identificar cuatro elementos que estructuran los sistemas de resolución de las comunidades de estudio: una clasificación particular de sus conflictos, órganos propios de resolución acompañados de procedimientos propios, acuerdos o decisiones finales para sus conflictos, y una racionalidad o participación de las partes también particular en la intención de acabar con el conflicto³⁸.

Tal aparato de resolución actúa sobre dos grandes tipos de conflictos: los conflictos internos o intracomunales, y los conflictos externos o intercomunales. En el primer grupo se incluyen aquellos conflictos que comprometen el interés de una o más partes en conflictos al interior de una comunidad, en tanto en el segundo grupo están aquellos conflictos que comprometen a una o más partes pero que pertenecen a diferentes comunidades. En los primeros hay una relación intracomunal, en tanto en el segundo hay una relación intercomunal. En la práctica es difícil establecer diferencias entre ambas relaciones –¿cuándo deja de ser externo y cuándo interno?–, sin embargo, para fines metodológicos se hace necesario establecer un referente de distinción que se basa para el presente estudio, en la calidad de pertenencia de las partes.

A continuación se desarrollan los cuatro elementos que estructuran el poder judicial comunal de las comunidades aymaras de estudio, teniendo en cuenta la composición de las relaciones intra e intercomunales.

Tipología de los conflictos

Siguiendo la propia estructura social de las comunidades de estudio, es posible distinguir la tipificación de sus conflictos bajo dos grupos:

Los conflictos o “pleitos” de interés familiar, que también pueden ser identificados como de interés particular o “privado”.

Los conflictos o “pleitos” de interés comunal, que también pueden ser identificados como de interés colectivo.

Ambos tipos de conflictos parten de una clasificación preliminar sustentada en la calidad de los sujetos o partes cuyo interés se puede ver

subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de *constituir un todo*” (1974: 33).

³⁸ Los elementos mencionados fueron elaborados y presentados inicialmente en un trabajo de investigación anterior (Peña, 1991, 1998), que estuvo basado en una comunidad de estudio: Calahuyo. En el presente estudio se pretende extender su aplicación a dos comunidades más: Titihue y Tiquirini-Totería.

afectado en el conflicto: lo familiar y lo comunal. Se trata de dos niveles – separados y complementarios– que actúan dialécticamente de acuerdo con los términos de Plaza y Francke (1985). Pero, más aún, se trata de dos columnas que ayudan a comprender los otros elementos que estructuran los sistemas de resolución de las comunidades de estudio: definirán la propia composición de sus órganos de resolución y sus procedimientos, distinguiendo entre “arreglos” o “sanciones” en los acuerdos o decisiones finales, y tendrán como base principios propios que desarrollan una particular racionalidad en la actuación de las partes del conflicto.

Sobre esta clasificación básica de conflictos familiares y comunales, a su vez, es posible encontrar una diversidad de tipos específicos de conflictos que los propios comuneros denominan con nombres o términos muy semejantes a los que se conocen en los códigos o en las leyes generales del Estado. Así utilizan los términos daños, alquiler, anticresis, divorcio, maltrato de conviviente, destitución de autoridad, riña, lesiones, robo, violación, aborto, adulterio, incumplimiento de trabajo, entre otros. Dichas denominaciones, de acuerdo con el orden jurídico del Estado, pueden recibir otro tipo de clasificación, como conflictos civiles, conflictos penales, conflictos administrativos, conflictos laborales, etc.; sin embargo, en la concepción de los comuneros su prioridad es considerarlos dentro del mundo de lo familiar y lo comunal.

Conflictos de interés familiar, particular o privado

El nivel más cercano o inmediato dentro de la clasificación de los conflictos pertenece al mundo de lo familiar. Esta clase de conflictos o pleitos ocurre en las comunidades cuando la intervención o acción de uno de los miembros de la familia nuclear (puede ser la acción del padre, la madre o de los hijos menores o mayores de edad), compromete el conjunto de relaciones sociales y económicas de su misma familia y en muchos casos de su parentela. Es decir, la acción de uno no produce la responsabilidad del *interés individual* puro o simple, como ocurre dentro del poder judicial estatal sino, más bien, reproduce la responsabilidad y constante preocupación de un pequeño colectivo: el *interés familiar*³⁹.

Así, cuando se habla de un conflicto de pareja en las comunidades aymaras de Huanacán (como el de maltratos, separación de convivientes o divorcio, adulterio) no se hace referencia al interés de cada individuo, conviviente o cónyuge, sino al interés de las familias de cada uno de ellos. O, cuando se habla de un conflicto de linderos, la referencia es al pleito que afecta las expectativas del conjunto de relaciones derivadas de la tenencia del terreno de cada una de las familias, más que al interés del supuesto titular o representante de dichos terrenos. O, si estamos ante una

³⁹ Esta referencia a lo familiar, responde a lo presentado en páginas anteriores como forma organizativa familiar, que se puede entender como unidad económica, unidad social y unidad cultural.

riña entre dos comuneros, más que el interés de los pleitistas por solucionar el conflicto, está el interés familiar tanto del agredido como del inculcado por resolverlo de manera rápida y salvaguardar el honor de cada una de sus familias⁴⁰. Dentro de este mismo criterio, tenemos los casos de incumplimiento de un contrato de anticresis o de alquiler, el intercambio de palabras (difamación) o los problemas derivados de una permuta de terrenos.

En todos estos casos, se trate de un conflicto interno o intercomunal, el pleitista o litigante compromete el interés de su familia nuclear, extendiéndose la responsabilidad hasta el honor de su parentela consanguínea o ritual. De ahí la preocupación por dar una solución rápida al pleito.

Conflictos de interés comunal o colectivo

Contrario al conflicto familiar, estos conflictos involucran el complejo de actividades colectivas de la comunidad. En este caso, el conflicto o pleito ocurre cuando, después de superar el umbral de lo familiar, se involucra el conjunto de relaciones sociales o económicas no sólo de una, dos o tres familias nucleares, sino de un grupo importante de ellas que identifican la necesidad de intervención de la organización colectiva y de formas de resolución colectivas para poner fin a la querrela.

Se trata del conflicto que afecta la vida normal de la comunidad, su orden jurídico comunal, entendido como aquel que estructura sus relaciones socioeconómicas y culturales. Sin embargo, el suceso de tal conflicto no significará de ningún modo el inicio de un caos o desorden, sino sólo una perturbación que la misma comunidad buscará subsanar.

Así, se trata del pleito o conflicto suscitado a partir de la afectación de un bien de la comunidad, por ejemplo una silla de la tienda comunal que es dañada o extraviada. En tal caso el causante representará un interés familiar, pero lo más relevante es que el agraviado será el conjunto de comuneros que reclamará la reposición del bien y un castigo ejemplar al responsable directo⁴¹. Asimismo, como conflicto de interés comunal o colectivo, se incluye el caso de la “familia pleitista” que gusta enredarse en problemas con sus vecinos y desconoce de los acuerdos de asamblea; en tal caso, nuevamente, la comunidad toda se verá agredida y podría llegar a expulsar a esa familia si no se “reforma”. También se trata de los conflictos producidos por la comisión de “actos inmorales” (el aborto o el adulterio por ejemplo)⁴² que vienen seguidos de una arrasante granizada o una fuer-

⁴⁰ El “honor familiar” aparece como uno de los principios básicos dentro del poder judicial comunal aymara. Se identifica principalmente con la resolución de los conflictos familiares. El tema se desarrolla con mayor detalle en el aparte La racionalidad de las partes.

⁴¹ Cabe tener presente que el castigo sí tiende a individualizarse, aunque los efectos no dejan de ser siempre familiares. Un mayor desarrollo del tema de los castigos puede encontrarse más adelante.

⁴² Los “actos inmorales” tienen una particular explicación a nivel de las comunidades de

te helada que afecta las cosechas y que en el entender de los comuneros tienen por causa tales actos; o, del caso del comunero que no participa en la construcción de una obra comunal acordada previamente por su asamblea⁴³; o, del comunero nombrado para ejercer un cargo y no lo cumple; o, del incumplimiento que se produce en la ejecución del contrato de alquiler de los pastos comunales; o, del hurto o robo que no ha sido aclarado por las partes y que llega a conocerse en asamblea comunal; o, de los conflictos sobre parcelas o linderos entre propias comunidades vecinas⁴⁴.

En todos estos conflictos se puede distinguir la preocupación o el sentimiento, como dirían los propios comuneros, del conjunto de familias de cada comunidad por dar solución al problema. La asamblea comunal, inclusive, se ve investida de facultades para promover una solución, o sancionar a la familia responsable dada la primacía del interés colectivo o comunal sobre el interés particular o familiar.

De estos conflictos colectivos, a su vez, cabe distinguir dos subgrupos de conflictos: unos que tienen su origen en las relaciones familiares y que por su complejidad al interior de la comunidad o por la apreciación de los propios comuneros –por ejemplo, la “riña escandalosa”– adquiere el carácter de colectivo; y otros que tienen su origen propiamente en las relaciones colectivas– por ejemplo, el daño a los sembradíos comunales.

Órganos y procedimientos de resolución

Los órganos de resolución son las personas o autoridades que intervienen en la resolución de conflictos de la comunidad. Son muchas las personas que intervienen en dicha labor, por lo que resulta difícil determinar cuál es la jurisdicción o competencia de cada una de ellas.

En términos generales existen de dos grupos de órganos de resolución que tienen su base en la misma estructura organizativa de las comunidades y que siguen la propia configuración de sus conflictos: de un lado, están los denominados órganos familiares-parentales u órganos in-

estudio. En todas ellas fue posible encontrar la referencia de errores, delitos o faltas graves para resaltar el calificativo de actos inmorales y así involucrar los actos de adulterio, aborto y en algunos casos los de agresión del hijo a la madre. Pero cada uno de estos conceptos también tiene una particular explicación. El adulterio tiene como víctima y a su vez culpable a las viudas de las comunidades, y el aborto aparece como una práctica prohibida, derivado a su vez de las relaciones adúlteras también prohibidas. Ello puede explicarse por la inexistencia o reducida práctica de reglas de control natal por las familias comuneras. Para una mayor información sobre “actos inmorales” puede consultarse a Peña (1999).

⁴³ Estos casos se suscitan normalmente con comuneros yernos de la comunidad, quienes normalmente habitan en otras comunidades pero que se interesan en mantener las tierras heredadas por su cónyuge en la comunidad de conflicto.

⁴⁴ Los conflictos de linderos entre comunidades, o entre una comunidad y una parcialidad, eran los conflictos intercomunales más comunes. Hoy en día aparecen como un referente de éxito haberlos superado bajo negociaciones colectivas.

formales de resolución de conflictos y, de otro lado, los órganos políticos-comunales u órganos formales de resolución de conflictos⁴⁵.

Para ambos casos, se apreciarán distintos tipos de conflictos y procedimientos con los que se desarrollan.

Los órganos familiar-parentales o informales

Tal calificación corresponde a las personas legitimadas y con representación familiar que se ven convocadas en la resolución de un conflicto de interés familiar, particular o privado. La legitimación de estos órganos puede encontrarse en la tradición de la propia organización familiar patrilineal que los identifica y en su capacidad de ser considerados como buenos comuneros, respetuosos de las buenas costumbres y el orden⁴⁶ de la comunidad. De otro lado, la representación familiar de dichos órganos se encuentra en la calidad de ser prioritariamente –cada uno de estos órganos–, un “individuo-familia” o ser parte de un núcleo o parentela familiar; es decir, ser hijo, padre, abuelo, padrino o ahijado, o ser hermano mayor dentro de una familia nuclear o extendida⁴⁷. Bajo la perspectiva de esta relación familiar y teniendo en cuenta la legitimidad del actor convocado, se identifican los siguientes tipos de órganos de resolución:

- a) Los *miembros mayores* de la familia nuclear (el padre o esposo, o el hermano mayor, por ejemplo), o del parentesco consanguíneo (el tío o los abuelos). Actúan en general como representantes de los pleitistas o como mediadores, asumiendo la búsqueda de un “arreglo” en favor de ellos.
- b) Los *padrinos o compadres*, de matrimonio o bautizo, para los casos en que sus ahijados o compadres fuesen parte de algún conflicto particular.
- c) Las *propias partes familiares*, a través de sus responsables directos, quienes mediante un diálogo horizontal pueden llegar a un “arreglo”. Cabe destacar que las tratativas y los acuerdos se asumen como representación familiar.
- d) Los *comuneros ancianos*, que son parientes, o la estima que se siente por ellos hace como si lo fueran. En el pasado, por su gran expe-

⁴⁵ La referencia de lo “informal” y “formal” utilizada para la presente clasificación está relacionada con las características que sobre el derecho “material” y “formal” hace Max Weber (1969). Al primero se refiere como aquel derecho que recurre al arbitrio del legislador o al sentimiento personal del juez sin necesidad de normas generales, en tanto al segundo se refiere como al legislador y al juez que deciden basándose en precedentes o normas estatuidas y codificadas previamente establecidas. Al respecto puede verse a Treves (1988), que en el capítulo V de su obra presenta de manera esquemática estos tipos de derecho.

⁴⁶ La referencia de “buenas costumbres y orden” es permanentemente citada en los estatutos y reglamento de las comunidades de estudio.

⁴⁷ Al respecto puede verse a Albó (1988), Canahuare (1983), Iturri (1986), quienes hacen referencia a la composición y las relaciones de la familia nuclear y parental.

riencia, era a quienes más se recurría para resolver cualquier conflicto. Hoy, están más a un nivel de consulta o asesoría, aunque pueden ser muchas veces mediadores.

La identificación y vigencia de estos órganos no se encuentra en una ley del Estado o en norma expresa local, sino en el “sentimiento”⁴⁸ y el significado histórico que los comuneros han dado a sus relaciones económicas, sociales y culturales desde su ámbito familiar. La práctica permanente de lo familiar-parental como unidad económica, social y cultural, ha hecho que los comuneros tengan como referencia, frente al evento de un conflicto, a los propios actores del entorno familiar, a quienes se les entiende como conocedores objetivos de cada una de esas unidades. Esta identificación está sobreentendida y no necesita estar escrita, de ahí que lo “informal” de su actuación, desde un punto de vista de las autoridades oficiales del Estado, se vea desbordado de un contenido de obligatoriedad difícil de comprender y repetir desde la actuación o decisión “formal”.

El procedimiento de resolución de los órganos familiares

La actuación de los órganos familiares es bastante común en el conjunto de comunidades de estudio. El universo de cada uno de ellos es la familia nuclear o extendida, con una cercanía geográfica y ecológica, lo que puede llevar a sustentar su proximidad en la forma de actuar y razonar⁴⁹. A continuación se tratarán de forma general los principales aspectos que involucran el procedimiento de estos órganos.

En cuanto a los tipos de conflictos de su competencia, los órganos familiar-parentales están orientados a la resolución de los pleitos particulares o de interés familiar de cada comunidad, como se señaló, es decir, a los conflictos de pareja o de familia principalmente (maltratos, adulterio, separación de convivientes o divorcio, entre otros). Pero, también, se incluye en ellos los conflictos sobre linderos de parcelas, la riña entre dos comuneros, o el incumplimiento de algún contrato de anticresis o alquiler. En todos, la relación familiar-parental va a propiciar el inicio –si es que la autoridad comunal definitivamente interviene– o la solución satisfactoria definitiva.

⁴⁸ La palabra “sentimiento” es muy usada por los comuneros en la vida diaria y en la resolución de sus conflictos en forma semejante al término “cariño”, que expresan cercanía, seguridad, proximidad, amor a las cosas o a su entorno familiar o comunal.

⁴⁹ Cabe recordar que las comunidades de estudio pertenecen, una al piso ecológico de la zona lago, y la otra al piso ecológico de la zona intermedia. Entre ambos pisos ecológicos la diferencia es mínima, como hicimos referencia cuando presentamos a cada una de las comunidades (ver el aparte 2). Una diferencia sustancial sí podría presentarse al comparar las anteriores comunidades con una del piso ecológico de la puna, debido a las diferencias del medio y las actividades que practican. Sin embargo, en reiteradas entrevistas con comuneros residentes en estas zonas altas se pudo comprobar la intervención de órganos familiares en los procedimientos de resolución de conflictos de su competencia.

Frente a tales conflictos, los órganos familiares o informales actúan con un cierto grado de especialización. Por ejemplo, los pleitos de pareja son propios de los padres y padrinos si aquellos son casados, y sólo de los padres si son convivientes; los problemas de parcelas de tierras o linderos, que vienen precedidos generalmente de una riña, recaen en los parientes mayores o en los ancianos, en quienes reposa el mayor conocimiento sobre las extensiones de los terrenos y sobre quienes se confía el arribo de un buen arreglo para la fijación de los “hitos”⁵⁰. En el mismo sentido, el conflicto derivado del incumplimiento de un contrato tiene a los órganos de resolución en manos de las partes privadas.

La “cierta especialización” encuentra un mayor sustento en el hecho de que son las partes involucradas en el pleito las encargadas de decidir el órgano que ha de intervenir. Sin embargo, hay situaciones en las que resulta una obligación del órgano asumir el conflicto. Es el caso, por ejemplo, del conflicto de pareja donde, si la pareja es casada, los padres o los padrinos intervienen obligatoriamente. Así, una separación de convivientes o conciliación de convivientes, no se entenderá válida si previamente no ha existido el consentimiento o “sentimiento” de los padres⁵¹ y, en el mismo sentido, una separación de casados o una conciliación de casados no se entenderá válida sin la intervención de los padrinos⁵².

En referencia a los medios o instrumentos con los cuales los órganos familiar-parentales resuelven, se deben destacar el diálogo y la opinión. El diálogo –en lengua materna aymara–, suele realizarse directamente entre las partes privadas responsables, o a través del familiar o pariente mayor en quien más se confía, se trate de un conflicto interno o intercomunal. Es la manera más práctica y común de arreglar el pleito. En caso de no llegar a una solución mediante el diálogo, suelen recurrir a una opinión conciliadora que puede estar en el mismo familiar mayor de ambas partes, o en uno de los ancianos de la comunidad. La sabiduría de estos últimos, sobre todo, hace brotar la opinión que aclara y luego somete la disputa.

El procedimiento así explicado corresponde, como ya se dijo, al de una instancia previa o primera instancia de los conflictos de interés familiar o particular. La calidad de ser primera instancia se explica porque se trata de órganos que están más cerca de los comuneros: el padre, el padri-

⁵⁰ Con la palabra “hitos” los comuneros se refieren a medios o instrumentos que en forma permanente son fijados en la frontera de dos terrenos. Tales medios o instrumentos pueden consistir en piedras o plantaciones que son preparadas o sembradas para tal fin.

⁵¹ Ver por ejemplo a Titihue: “Acta de separación de cuerpos (de comuneros convivientes)”, en Libro de Antecedentes, 29-11-97; Calahuyo: “Maltrato a la conviviente (y posterior conciliación)”, en Libro de Antecedentes del Teniente, 6-4-84.

⁵² Ver por ejemplo, Tiquirini-Totería: “Acta de conciliación (de pareja de casados)”, en Libro del Teniente, 31-03-94, fojas 16-18; Calahuyo: “Divorcio o separación de esposos”, en Libro de Antecedentes del Teniente, 16-09-81.

no, el hermano mayor, el tío y hasta el mismo anciano son personas con las que se está diariamente en contacto o interacción.

Producto de la actuación de los órganos familiares como primera instancia, pueden surgir tres consecuencias:

Que se solucione el pleito presentado y que quede allí sin formalización alguna.

Que se solucione el pleito pero, además, se acuda a los órganos formales para que el acuerdo se oficialice, por escrito, en un acta.

Que no se solucione el pleito y, en consecuencia, se acuda a los órganos formales de las autoridades comunales para que se plante una solución⁵³.

El primer caso es el más común y es aplicado, principalmente, frente a los conflictos de familia. Por ejemplo, la riña entre marido y mujer resuelta por los padres o padrinos; o la riña de dos hermanos sobre los límites de un terreno en sucesión resuelto por el propio padre que les adelantó la herencia o por el miembro mayor de la familia. En todos estos casos es posible apreciar la llegada a un acuerdo satisfactorio que no requiere de formalización. Una de las partes se conforma con la confianza tenida en el “cumplimiento de la palabra empeñada”⁵⁴ por la otra parte, o por la presencia de los testigos.

Lo anterior puede derivarse en la segunda consecuencia, que consiste en la necesidad de que se formalice el acuerdo en un acta; ello puede ocurrir por la importancia y seguridad que quieren otorgar al pleito resuelto. Las partes optan por la formalización del acuerdo o decisión final para evitar en el futuro encontrarse con una situación igual, para evitar otros líos que pudieran desprenderse de ese conflicto central. Por ejemplo, en el caso de la separación de convivientes o la separación de casados, puede ocurrir que la pareja, los padres de la pareja, y los testigos o los padrinos de ambos lados, acudan ante las autoridades comunales luego de haber decidido la separación y haber arreglado los términos de la misma: la indemnización a la mujer, la división y partición de los bienes de la casa y la cosecha, la tenencia de los hijos, la pensión para éstos, etc⁵⁵. Sólo acuden ante las autoridades para que dicho acuerdo se inscriba en el Libro de Antecedentes o el Libro de Actas correspondiente de la comunidad. Aquí, puede apre-

Los efectos del procedimiento de resolución de los órganos familiares pueden consultarse en mayor detalle en Peña (1998).

⁵⁴ El “cumplimiento de la palabra empeñada” aparece como un principio fundamental que sustenta el presente tipo de procedimiento de resolución. Constituye uno de los componentes del “honor familiar” como se verá más adelante (ver aparte 3.4).

⁵⁵ Ver por ejemplo Calahuyo: “separación de convivientes”, en Libro de Antecedentes, 25-5-77, “Divorcio o separación de esposos”, en Libro de Antecedentes, 16-09-81; Titihue: “Reconciliación de joven pareja luego de separación y líos”, en Libro de Antecedentes, 16-03-91, “Acta de diligencia de inventario” (de dos jóvenes comuneros separados), en Libro de Antecedentes, 15-04-95.

ciarse un cierto grado de desconfianza o insatisfacción que terminará al estampar el arreglo en un acta⁵⁶.

La tercera consecuencia es la menos frecuente para los conflictos de interés familiar, particular o privado. Puede ocurrir cuando el conflicto presentado es de complejidad para los órganos familiares: por ejemplo, una riña precedida de difamaciones, con responsabilidad de ambas partes, sin que haya tenido una connotación de daño a la comunidad⁵⁷, o también cuando una de las partes o ambas son caprichosas y se resisten a un pronto arreglo⁵⁸. En estos casos, las autoridades comunales no sólo inscriben en un acta la resolución del pleito, sino, previo a este o en forma complementaria, intervienen en la resolución del mismo.

Órganos político-comunales o formales

Corresponde a las autoridades o instancias de resolución de conflictos en los que se ve afectado el interés del conjunto de comuneros y cuya estructura hace parte de la organización política-comunal de cada comunidad. Está integrada por dos órganos:

Las autoridades comunales, que comprenden al presidente de la comunidad y al teniente gobernador principalmente.

La Asamblea Comunal, que se constituye en el órgano supremo al reunir la voluntad del conjunto de miembros de cada comunidad (Peña, 1998).

Dichos órganos responden a la estructura legal y política promovida para las comunidades por el Estado peruano. En un inicio, antes del reconocimiento de las comunidades de estudio, el teniente gobernador aparecía como la única autoridad reconocida por el Estado para representar al conjunto de miembros de la parcialidad⁵⁹. En la década de los 70, con la transformación de Titihue, Calahuyo y Tiquirini-Totería de parcialidad a comunidad, se suman los consejos de administración y vigilancia

⁵⁶ Los casos de separación de convivientes o de casados, cuyos miembros de la pareja son de comunidades diferentes, suelen terminar en esta segunda consecuencia.

⁵⁷ Ver por ejemplo Calahuyo: “Faltas por palabras malas y/o groseras”, en Libro de Antecedentes, 4-07-91; Titihue: Riña por “palabras bruscas” entre dos familias, en Libro de Antecedentes, 16-03-91.

⁵⁸ Al respecto se puede consultar a Tiquirini-Totería: “Acta de arreglo de linderos ‘sin daños graves’ (con fijación de hitos)”, en Libro del Teniente, 1-04-96; “Conste el presente acta de transacción comparendo (por problemas de colindancia y daños de las chacras y pastizales)”, en Libro del Teniente, 4-11-97; Titihue: “Arreglo sobre terreno ubicado en Jacha Titihue, entre familiares y con presencia de autoridades”, en Libro de Antecedentes, 19-01-95; Calahuyo: “Conflicto de linderos”, en Libro de Antecedentes, 05-11-90, y también “Arreglo (sobre linderos de terrenos)”, en Libro de Antecedentes, 1991.

⁵⁹ En general, el teniente gobernador de las comunidades andinas tiene un reconocimiento desde la propia puesta en operación del Ministerio del Interior desde inicios de la república del Perú. El sustento de su actual reconocimiento se encuentra en el Decreto Legislativo N° 171: Ley Orgánica del Ministerio del Interior del Perú, y en su reglamento especial regulado por resolución ministerial N° 1150-84-IN/DGG.

como los órganos o autoridades preponderantes. De estos consejos, el más importante era el de administración, en el que se encontraba el presidente de la comunidad⁶⁰. Posteriormente, los consejos de gobierno indicados darían paso a la directiva comunal, que actualmente rige en las comunidades, integradas por un presidente –que es el presidente de la comunidad–, un vicepresidente, un secretario, un tesorero, un fiscal y dos vocales⁶¹. Al lado de los consejos de gobierno de las comunidades, como al lado de la directiva comunal, se reconocerá a la asamblea comunal como la autoridad o instancia máxima.

El conjunto de estos reconocimientos oficiales –de las autoridades y la asamblea comunal– por el Estado, es lo que lleva a identificar a dichos órganos como “formales”. Son estos los que se encuentran investidos de ciertas atribuciones que les permite tener una relación fluida con las autoridades políticas, como el subprefecto o el gobernador de la provincia y el distrito respectivamente, y con los demás funcionarios de ministerios que desarrollan sus actividades en la región⁶². Sin embargo, tal relación formal no implica, en materia de resolución de conflictos, que las autoridades y las comunidades se sujeten a rígidas atribuciones o procedimientos, como se explicará.

Las autoridades comunales y su procedimiento de resolución de conflictos

Las autoridades comunales son personas dotadas de atribuciones especiales en el interior de cada comunidad y con facultades de representación ante otras comunidades y ante los organismos del Estado, las que se ejercen temporal y rotativamente. Como se ha indicado, en las comunidades de estudio dichas personas son el presidente y el teniente gobernador de la comunidad o del sector de la respectiva comunidad⁶³.

En los procedimientos de resolución de conflictos, dichas autoridades intervienen acompañadas de algunos miembros de la directiva comunal, como es el caso del vicepresidente, el secretario o el fiscal, y de los dos alguaciles o comisarios que siempre acompañan al teniente goberna-

⁶⁰ El reconocimiento de los consejos de administración o vigilancia se encontraba en el Estatuto de Comunidades Campesinas, regulado a través del decreto supremo N° 037-70-A, del año 1970.

⁶¹ La actual directiva comunal que gobierna las comunidades campesinas tiene su reconocimiento en la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas.

⁶² En la lectura de los libros de actas de las comunidades de estudio es posible encontrar la fluida relación comentada. En relación a los ministerios del gobierno central que más se relacionan con las comunidades destaca el Ministerio de Agricultura y el de la Presidencia, que en los últimos años, a través de sus programas Pronamach, Pronaa y Foncodes, ha buscado convocar a los comuneros.

⁶³ Al lado de estas autoridades se encuentran los miembros de la directiva comunal (vicepresidente, secretario, tesorero, fiscal y vocales) en relación al presidente, y los comisarios o alguaciles en relación al teniente gobernador.

dor del sector o de la comunidad. A su vez, en algunas comunidades puede sumarse como una autoridad especial que acompaña o interviene en la resolución de determinados conflictos al teniente agrario o teniente forestal. En Titihue, por ejemplo, el teniente forestal es nombrado temporalmente en cada sector, con el propósito de cuidar los recursos del lago (peces, to-tora y “llachu”) y los de las tierras comunales (eucaliptos y árboles en general de la comunidad, como el sembradio comunal), e interviene como órgano de resolución frente a los conflictos relacionados con dicho cuidado⁶⁴.

En comunidades con dos o más sectores, como Titihue y Tiquirini-Totería, no es necesario que el presidente esté en cada proceso o procedimiento de resolución del conflicto sometido, como sí es requerida la presencia del teniente de cada sector. Sólo si el conflicto no tiene una rápida solución, entienden los miembros de la comunidad, el presidente está obligado a intervenir porque el caso eventualmente podría ser sometido a la asamblea comunal⁶⁵.

Estas autoridades actúan a dos niveles: de un lado, a nivel de los conflictos de interés familiar, particular o privado; y, de otro, a nivel de los conflictos de interés comunal o colectivo. En cuanto a los conflictos particulares, la función de las autoridades comunales es, fundamentalmente, la de formalizar el acuerdo al que han llegado las partes del conflicto ante sus instancias previas, y arreglar o conciliar a las partes en cuanto a la pretensión en disputa. Por lo general su intervención no consiste en proponer una resolución al conflicto, sino en ratificar o promover que sean las partes del conflicto las que lleguen al mejor arreglo.

Cuando se trata de un conflicto de interés comunal o colectivo, en cambio, la función resolutoria de las autoridades comunales es notoria, y su intervención es directa. Cualquier comunero puede plantear ese tipo de pleito por la sola razón de ser testigo del hecho: por ejemplo, al haber presenciado un robo⁶⁶ o la comisión de un acto inmoral⁶⁷. Pero también puede ocurrir que el hecho sea de interés para toda la comunidad (por ejemplo, el daño de un bien comunal), entonces las autoridades asumen el conflicto

⁶⁴ El teniente agrario o forestal normalmente interviene denunciando casos de sustracción o daño de los recursos del lago o del terreno comunal, y participando en las audiencias de resolución (Titihue, mayo de 1988, marzo de 1992, octubre de 1999).

⁶⁵ En muchos casos de registro de actas de Titihue es posible notar la intervención del vicepresidente, el secretario o del fiscal, además del teniente gobernador o del teniente agrario (ver por ejemplo Titihue: “Reconciliación de joven pareja luego de ‘separación y líos’”, en Libro de Antecedentes, 16-03-91). En Tiquirini-Totería, un caso especial es su sector de Condoraque, ubicado a muchos kilómetros de la sede central de la comunidad y que por períodos sólo tiene como autoridad al teniente gobernador del sector.

⁶⁶ Puede apreciarse por ejemplo el caso de Calahuyo: “Problemas graves (robo) cometido por el hijo de un comunero”, en Libro de Actas IV, 29-12-97.

⁶⁷ Ver por ejemplo a Titihue: Llamada de atención y multa a comunero DMR que ha “conveido con señora DL sin terminar con la primera”, en Libro de Antecedentes, 06-09-97.

por iniciativa propia⁶⁸. Asimismo, puede ocurrir que el pleito se denuncie o se presente en plena asamblea comunal, pero requiera de una investigación previa antes de tomarse una decisión, entonces, la competencia se delega en las autoridades comunales⁶⁹, aunque finalmente la solución siempre se impone desde la asamblea comunal.

En todos estos casos, sea de conflictos particulares –sometidos de modo complementario e indirecto– o sea de los conflictos comunales –sometidos directamente y por delegación–, las autoridades comunales son concebidas como agentes conciliadores, mediadores o árbitros que buscarán conciliar a las partes y proponer una decisión para terminar con el pleito, antes de complicarlo y dilatarlo. Los procedimientos que emplean, a su vez, están orientados a conseguir tal objetivo.

En efecto, desde que la parte afectada o ambas partes acuden al despacho de las autoridades comunales (que puede ser la casa del presidente, la casa del teniente del sector, o el local comunal), estas realizan una rápida y concienzuda investigación. Primero, escuchan a las partes familiares que intervienen, si es conflicto particular, o a la parte familiar acusada, si es conflicto colectivo. En caso de no conseguir un arreglo en el primer acto –particularmente en los conflictos familiares de origen familiar–, pasan a entrevistarse con los posibles testigos (para aclarar la riña, los hechos del acto inmoral, o los términos del contrato verbal que está en discusión). También pueden acudir a buscar la opinión de los comuneros mayores o de los ancianos (frente a los conflictos de linderos principalmente) y de los padres y padrinos (en casos de conflictos de pareja o familiares en general). Todo ello verbalmente, en aymara, y con el propósito de aclarar los hechos.

Una vez indagados los hechos, si se trata de un conflicto particular, las autoridades vuelven a verse con las partes para insistir en un “arreglo”. Si las partes no acceden a este, las autoridades sugerirán y, en todo caso, forzarán o impondrán una solución. Sólo de manera excepcional puede ocurrir que tales autoridades no se sientan seguras de la solución a plantear, entonces recurrirán al apoyo del órgano más representativo, esto es, la asamblea comunal.

Para el caso de los conflictos colectivos de origen familiar o propiamente colectivos, el procedimiento explicado en su parte final es distinto. Después de indagados los hechos, la regla es que las autoridades comu-

⁶⁸ Al respecto puede consultarse, por ejemplo, a Calahuyo: “Acta de sanción (a comuneros) sobre los problemas ocasionados sobre de la tierra comunal”, en Libro de Antecedentes, 18-06-92. También puede considerarse como ejemplo el caso de Titihue: “Decomiso de mallas de pescar”, en Libro de Antecedentes, 06-07-90.

⁶⁹ Tal puede ser el caso de robo de ganado, como el de Titihue: “Acta de compromiso y robo de ganado (vacca) por JEM”, en Libro de Antecedentes, 12-01-97. En dicho caso puede apreciarse que previamente, en el procedimiento de resolución, se nombra a comisionados que son los investigadores que acompañan a la directiva comunal y al agraviado.

nales informen a la asamblea comunal. En esta, luego de un posible debate, con opinión libre de todos los comuneros se llegará al acuerdo final.

La asamblea comunal y su procedimiento de resolución

La asamblea comunal es la reunión del conjunto o la mayoría de comuneros –reconocidos por ellos mismos como “calificados” o “hábiles”⁷⁰– convocada periódicamente o en forma extraordinaria con el objeto de tomar decisiones sobre el conjunto de actividades sociales, económicas y culturales que identifica cada comunidad. Dentro de estas actividades, la asamblea comunal se presenta, a su vez, como el órgano supremo que resuelve los conflictos que afectan el interés del conjunto de comuneros. Esta labor jurisdiccional se puede ejercer sobre un conflicto que por su naturaleza importa un interés particular (una riña entre miembros familiares, por ejemplo), y por tanto basta con que las partes acudan a sus órganos familiar-parentales o ante las autoridades comunales; pero si dicho conflicto afectó además el interés de la comunidad (por ejemplo que la riña se haya suscitado en la tienda comunal y en esta se hayan dañado muebles de propiedad comunal), la Asamblea Comunal interviene⁷¹.

Los conflictos colectivos pueden ser sometidos por cualquier comunero o directamente por iniciativa de sus autoridades comunales. Tales conflictos son diversos, tal como se señalara anteriormente. Se pueden contar desde conflictos civiles conocidos (daños al terreno comunal, incumplimiento de un contrato de alquiler sobre los pastos comunales), conflictos penales (actos inmorales, como violación, adulterio o aborto) o conflictos agrarios (pleitos de linderos sobre el terreno comunal, protección de los andenes comunales, del *llachu* y del totoral comunal), hasta conflictos vinculados con el gobierno de cada comunidad (la inasistencia al trabajo comunal, o el incumplimiento al cargo en que fue elegido).

En todos ellos, el criterio de resolución general de parte de la asamblea es el de sancionar el daño causado, sanción que es entendida en primer lugar como reposición de los daños materiales que se pudieron ocasionar, en segundo lugar como castigo o pena –traducida como una multa pecuniaria generalmente– por haberse alterado el orden de la comunidad, y también en su sentido de prevención, buscando evitar la repetición del pleito⁷². Raramente hay un arreglo de parte de la asamblea comunal, pues se entiende que el interés de la comunidad no se negocia salvo que las cir-

⁷⁰ El comunero “calificado” es aquel que ha alcanzado una determinada edad, ha conformado una unidad familiar nuclear y se desempeña como tal en el conjunto de actividades de la comunidad. El comunero “hábil”, en cambio, es aquel que siendo calificado a su vez se encuentra al día en el conjunto de compromisos, obligaciones o cuotas acordadas por el conjunto de comuneros.

⁷¹ Ver por ejemplo el caso de Calahuyo: “Riña y lesiones por difamación (con daños en la tienda comunal)”, en Libro de Antecedentes, acta de fecha 26-12-83.

⁷² Los presentes elementos de la sanción son desarrollados en mayor detalle en el subcapítulo siguiente (ver aparte 3.3.2).

cunstances y la comprensión de los comuneros hagan cambiar de parecer⁷³.

Los acuerdos o decisiones finales

En general, en las comunidades de estudio, es posible encontrar dos formas principales como los comuneros consideran solucionado o finalizado el procedimiento de resolución de sus conflictos: los arreglos y las sanciones. Ambas son alternativas opuestas aplicables sobre los conflictos familiares o comunales, por los respectivos órganos de resolución.

Los arreglos son, por lo general, el resultado del conflicto familiar o particular que comprometió el interés individual-familiar de dos partes privadas. Sólo de manera excepcional puede apreciarse también como modalidad de resolución de los conflictos de interés colectivo, siempre que cuente con la flexibilidad de la asamblea comunal o, en todo caso, con el consentimiento de sus autoridades político-comunales.

Las sanciones son, en cambio, el resultado normal de un conflicto colectivo o comunal, incluyendo aquellos de origen comunal, donde el interés principal afectado es el del conjunto de comuneros de cada comunidad. Excepcionalmente también puede aplicarse como decisión final frente a la resolución de conflictos de interés familiar, cuando los órganos familiares o las autoridades político-comunales que intervengan lo consideren conveniente.

Los arreglos

El arreglo de un conflicto entre comuneros o miembros familiares en pleito es concebido como el acto de reparar algo, la reparación de “una cosa” que entienden malograda. El conflicto o pleito es la “cosa” malograda, y el acto de reparar es el encuentro de voluntades de las partes cuyos intereses se encuentran en disputa.

Las relaciones personalizadas basadas en actos horizontales y homogéneos condicionan el desarrollo de los arreglos en los conflictos que requieren de intervención de los órganos de resolución. Así, identificados con su cultura aymara, bajo una fuerte participación de la parentela y bajo la mirada de la organización comunal, cada parte en conflicto promueve el llegar a un “arreglo en buena forma”, buscando así terminar con el conflicto. Una vez conseguido ello, sujetarán su conducta, también con el apoyo

Tal como puede ser cuando se trata de un conflicto intercomunal sobre linderos o terrenos de dos comunidades, o los casos de fijación y aplicación de multa en determinados conflictos colectivos por parte de las comunidades de la comunidad de Titihue. En estos últimos casos, en las actas registradas en esta comunidad, puede apreciarse con alguna frecuencia cómo es que llegan a rebajar la multa al inculpado o responsable. Al respecto se puede ver por ejemplo a Titihue: “Acta de comparecencia (por) el delito cometido por el comunero MRB (y aceptación de su retorno a la comunidad)”, en Libro de Antecedentes, acta de fecha 8-09-95.

de su parentela, al cumplimiento de lo acordado y a buscar no reincidir en el pleito.

En Calahuyo, Titihue y Tiquirini-Totería el “buen arreglo” destaca como un producto de las partes privadas frente a sus conflictos particulares o de interés familiar. Las autoridades, en cada una de estas comunidades, saben que frente al lío familiar en principio no tienen por qué intervenir, son las partes –por iniciativa propia o apoyadas por sus órganos familiares– quienes están obligadas a asumir la resolución de dichos conflictos. Solo en forma complementaria –para la formalización del acuerdo– o excepcionalmente –cuando los órganos familiares no han podido “resolver” el conflicto– las autoridades político-comunales y, raramente, la asamblea comunal intervienen.

Entre los conflictos que normalmente terminan en arreglo cabe destacar los conflictos de pareja. El acuerdo sobre el divorcio, la separación o la reconciliación de la pareja en pleito, aparecen como una muestra común a nivel de las comunidades de estudio. Por ejemplo, en un caso de reconciliación de una pareja de casados en Tiquirini-Totería, el acuerdo al que se arribó constó de los siguientes términos:

SEGUNDO: El señor CMT, hace su compromiso de no volver o incurrir, problemas con su esposa, esto lo hace en la presencia de las autoridades comunales y ante sus padres y los demás familiares presentes. (...)

TERCERO: Doña HM de M. se manifestó de igual forma y de disculparlo de la incomprensión y de sus conductas de parte de su esposo CM y tanto de hella, esta: cosas sucedió en reiteradas ocasiones y en lo posterior ellos tomarán su decisión propia, la mejor vía que le conduzca en lo futuro.

CUARTO: De acuerdo la costumbre se pedieron disculpas a sus padres y familiares presentes por ambas partes y en presencias de las autoridades comunales y políticas, quedando ellos conformes como esposos y no volver cometer otras faltas en los posteriores⁷⁴.

Puede apreciarse el reconocimiento de la culpa del cónyuge transgresor y el perdón de su esposa. El arreglo en tal caso consiste, sobre el reconocimiento de culpa y el perdón otorgado, en la llamada de atención producida por los órganos familiares convocados por la esposa agredida. Para ellos resultará obvio, en el supuesto de que los maltratos continúen, que la separación de la pareja se produzca⁷⁵.

⁷⁴ Tiquirini-Totería: “Acta de conciliación (de parejas de casados)”, en Libro de Antecedentes del Teniente, acta de fecha 31-03-94.

⁷⁵ Titihue: “Acta de separación de cuerpo (de comuneros convivientes)”, en Libro de Antecedentes, acta de fecha 29-11-97.

El “arreglo” sobre peleas o riñas entre comuneros puede producir una mayor intervención de parte de las autoridades, luego del fracaso de la iniciativa de sus órganos o de las propias partes familiares:

Primero.- El demandante don G(AU) i su esposa LU incluso estuvo presente doña RCV como demantado, ante las autoridades de la comunidad, el teniente gobernador, el Presidente de la directiva comunal, escucharon las manifestaciones de ambas comuneras, no hubo problemas graves, había unos pequeños insultos, de ambas de la señora LU de A. en contra de la señora RCV.

Segundo.- El señor teniente gobernador don (G)QL el presidente de la directiva comunal don (AC)Q analizaron los problemas que sucedieron, entraron en un arreglo armonioso de buena forma; las autoridades de la comunidad i su Junta directiva notefecaron ambas comuneras(;); igualmaneda se notefecó al comunero don G(A) para que no sucita problemas en los posteriores años (.)⁷⁶.

En el caso citado, el interés familiar de las partes se ve desbordado por la preocupación de las autoridades en el entendido de que pudo haberse tratado de una pelea grave entre familias comuneras. Al comprobarse que sólo se trató de una pelea por pequeños insultos la posibilidad de materialización del arreglo armonioso bajo el interés preponderantemente de las partes familiares recobra aceptación en las mismas autoridades. Al final se sancionó a las partes familiares con el pago de una multa, pero la prioridad del “arreglo” no se dejó de hacer notar como el aspecto central de la resolución del conflicto.

En el mismo sentido se puede señalar que el arreglo, como forma de autocomposición está presente en los otros conflictos calificados como familiares: en los conflictos de linderos sobre parcelas familiares, en el incumplimiento de algún contrato, en la disputa de dos hermanos por la propiedad en sucesión, etc. En todos ellos el “arreglo armonioso” o la simple conciliación de las partes aparecerá como el producto más efectivo en la resolución de la disputa de las dos partes familiares.

Sin embargo, más allá de este ámbito delimitado de los conflictos particulares, el arreglo también se extiende con criterios de aplicabilidad a los conflictos comunales, particularmente en aquellos identificados como conflicto de intereses privados. Por ejemplo, en el caso de “Demanda enterpuesta por la señora JRM contra la señora MM y a su hijo menor AR (riña con lesiones graves por apoderamiento de mallas de pescar)”⁷⁷ o en el caso de “Amenazas” y “lesiones con arma blanca (en riña de comuneros)”⁷⁸

Calahuyo: “Arreglo armonioso después de peleas por insultos”, en Libro de Antecedentes, acta de fecha 28-01-91.

⁷⁷ Titihue, en Libro de Antecedentes, acta de fojas 12-16, de fecha 19-02-91.

⁷⁸ Titihue, en Libro de Antecedentes, acta de fojas 108-111, de fecha 6-09-97.

La reforma de la justicia en Colombia

El rol político y social del sistema judicial

Para entender el surgimiento y el desarrollo de los programas de reforma judicial en Colombia, es importante tener en cuenta el contexto social y político del país, y el rol sociopolítico del poder judicial. Así, se pueden formular inicialmente varios interrogantes: ¿cuál ha sido el rol social y político del sistema de justicia dentro de la estructura social?, ¿cómo se puede explicar la creciente importancia del sistema judicial durante los años ochenta y noventa?, y ¿cuáles son los puntos de unión entre las percepciones nacionales sobre el sistema judicial y los contenidos de los programas financiados por la AID?

Una perspectiva crítica sobre la historia de la sociedad colombiana durante los últimos siglos evidencia cómo la construcción de las instituciones jurídicas y políticas fue el resultado de un proceso de modernización vertical conducido por los sectores dominantes. Estas instituciones estaban lejos de ser constituidas como resultado de un consenso social, o como la expresión de la consolidación social y económica del capitalismo como ocurrió en Europa, lo cual puede ofrecer una explicación de por qué la historia de Colombia encierra contradicciones y paradojas sociales profundas. Como afirma Hernando Valencia Villa, a pesar del hecho de que Colombia se conoce como una de las democracias más antiguas y estables del hemisferio, las bases institucionales fueron apoyadas en prácticas que restringieron la participación de diferentes grupos sociales en la toma de decisiones políticas y la posibilidad de promover un proyecto de Estado de bienestar. En este contexto, el poder judicial desarrolló un rol de subordinación.

Durante gran parte del siglo veinte, la estructura institucional fue establecida sobre las bases de la Constitución de 1886, lo que no implicó necesariamente la existencia de estabilidad política. Hasta 1986 la Constitución fue reformada 76 veces, como lo explica Valencia Villa. Este hecho revela una paradoja: la inestabilidad pública contrasta con la estabilidad del derecho privado, especialmente cuando se tiene en cuenta el hecho de que el código civil ha permanecido prácticamente intacto desde 1887. Bajo esa estructura institucional, el presidente fue investido de amplias potestades de manera que no debía rendir cuentas a ninguna otra rama del poder. Al mismo tiempo, el poder judicial estaba restringido a solucionar conflictos civiles entre individuos, pero nunca a actuar de acuerdo con el principio de pesos y contrapesos³². Otra paradoja tiene que ver con el origen de la independencia orgánica que caracteriza al poder judicial colombiano del resto de los países de América Latina. Esta independencia orgánica fue un subproducto de la transición política desde la dictadura de Gustavo Rojas

³² Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla*, Bogotá, Universidad Nacional-Cerec, 1987, pp. 140-148.

Pinilla al periodo del Frente Nacional (1957-1974)³³. Desde entonces, la independencia orgánica del sistema judicial ha coexistido con diversas manifestaciones de intervención de la rama ejecutiva y de los partidos tradicionales. Una forma de intervención consistió en el control económico y administrativo del ejecutivo sobre la asignación y distribución del presupuesto. Otra forma de intervención fue llevada a cabo a través de la influencia de los partidos políticos, los cuales debían contar con igual representación burocrática en la rama judicial. Finalmente, otro mecanismo de intervención fue ejercido a través del uso extensivo del “estado de sitio”, especialmente durante los años setenta y ochenta.

Sin embargo, la visibilidad del poder judicial como un asunto de interés político apareció solamente en los años setenta. La confrontación política con los movimientos guerrilleros en algunos lugares del país, y las manifestaciones de desorden social asociadas con una nueva sociedad urbana, aumentaron el interés del gobierno en incrementar el control social y en modernizar el sistema judicial penal. Los defectos del sistema judicial, especialmente en materia penal, fueron interpretados desde una perspectiva política y jurídica tradicional como insuficiencia de la capacidad institucional. La percepción de la crisis judicial llevó al gobierno a ensayar diferentes reformas del poder judicial y a disminuir su independencia orgánica. El primer intento de reforma ocurrió en 1976, durante el gobierno de Alfonso López Michelsen, y el segundo en 1979, durante el gobierno de Julio César Turbay. Pero si en los setenta, la importancia política del poder judicial fue asociada con el interés de controlar el sistema judicial, durante los ochenta numerosas perspectivas se centraron en el poder judicial como una institución decisiva para remediar la situación de violencia. Las circunstancias sociales y políticas de los ochenta fueron cruciales para el surgimiento de la alta visibilidad de la crisis del poder judicial. Diferentes factores fueron convergentes en la búsqueda de nuevas reformas. Primero, la naturaleza expansiva de las distintas manifestaciones de violencia, hizo que la opinión pública acudiera al poder judicial como una de las posibles soluciones. Esta situación era paradójica, si se tiene en cuenta que el poder judicial también era víctima de violencia, no solamente por parte de criminales organizados, sino también por parte del Estado, especialmente cuando

³³ Hacia el final de la dictadura de Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), los partidos tradicionales y la junta militar acordaron someter las diferencias políticas a un pacto conocido como Frente Nacional con el fin de restablecer el orden constitucional. Uno de los artículos del plebiscito incluía la proposición de que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia deberían ser designados por la Corte misma en un procedimiento llamado cooptación. Esta reforma específica propuesta por la junta militar, originada en el interés de que los partidos políticos no promovieran acciones judiciales en contra de los líderes del régimen militar, se convirtió en la base de la independencia orgánica de la rama judicial en Colombia. Ver Rodrigo Uprimny, “Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano”, en *Justicia y sistema político*, Bogotá, Iepri-Fescol, 1997, pp. 78-81.

ción del caso es como si se tratase de un conflicto familiar, pero forzado por las autoridades comunales y el conjunto de familias presentes.

De otro lado, el castigo, también tiene una función de reposición o restitución sobre el conflicto, pero no del daño material o físico, sino del daño moral –preocupación subjetiva– producto del hecho transgresor y que se encuentra inmerso en el colectivo de la comunidad. Se sancionará a la parte o partes responsables en tanto “pleitistas”, por haber perturbado la estabilidad de la comunidad o producir un daño a la imagen de su *ser colectivo*⁸⁴. Así, en los casos de riñas entre familias comuneras, el solo hecho de producirse la pelea con un escándalo mayor al que involucra cada familia en la comunidad, conduce a la aplicación de un castigo normalmente pecuniario:

En la comunidad campesina de Quishuarani-Tiquirini⁸⁵ en comprensión distrito y provincia Huancané(,) Sub-Región Puno(,) del día 26 de abril de mil novecientos noventa y cinco, que se llevó un comparendo bajo la (responsabilidad del) Teniente Gobernador y Directivo comunal sobre daño (que) se han hecho ambos comuneros, en amplia debate se llegó a un acuerdo mutuo, para posteriores no va a haber problema, y ambos comuneros se va tener sanción económico(L)uego tanto EMT también no va a ofender en futuro igual manera AMC está acuerdo con dicho compromiso(A)hora en conclusión entran en sanción económico ambos comunero la cantidad S/. 150.00 Nuevo soles, dicho sancion económico va recaudar para fondo comunal, eso en presencia de autoridades políticas y comunal...⁸⁶

Después del arreglo forzado sobre los intereses familiares, que en el presente caso fueron las ofensas personales y los daños físicos o personales –sobre los que habrá una reposición recíproca–, las autoridades son legitimadas para imponer una sanción económica consistente en una suma de dinero de S/.150,00 (ciento cincuenta nuevos soles)⁸⁷. Dicha sanción económica o multa es la que simboliza la reposición del daño moral o la preocupación colectiva sobre la estabilidad material de la comunidad. En tal sentido es que se entiende que dicha sanción económica o multa se recauda “para el fondo comunal”.

Otro ejemplo común de aplicación de castigo en las comunidades de estudio lo constituyen las “llamadas de atención” y el “retiro del cargo”

⁸⁴ El *ser colectivo* es la expresión del desarrollo o progreso de cada comunidad, tal como se explicó en el aparte siguiente.

⁸⁵ El nombre Quishuarani-Tiquirini era el nombre de la comunidad de Tiquirini-Totería hasta su reconocimiento como nueva comunidad.

⁸⁶ Tiquirini-Totería: “Acta de conciliación (y sanción por riña, ofensas y ‘daños’ personales entre familias)”, en Libro del Teniente. acta de fecha 26-04-91..

⁸⁷ Suma equivalente a US\$140,00 (ciento cuarenta y 00/100 dólares estadounidenses) aproximadamente, en la fecha de aplicación de la multa.

de determinadas autoridades políticas o comunales. Tales castigos se presentan como expresiones comunes para aquellos casos de comuneros que son nombrados para desempeñar determinados cargos menores en la comunidad, como el de ser parte de una comisión especial (por ejemplo de electrificación de la comunidad) o ser parte de un comité permanente (club de madres o asociación de padres de familias de las escuelas), pero su aplicación también se extiende a los cargos principales como el de presidente de la comunidad⁸⁸, el teniente gobernador⁸⁹ y hasta los directores de las escuelas⁹⁰ y su personal de servicio cuyos nombramientos no dependen de los órganos de las comunidades en las que se desempeñan.

En un trabajo anterior (Peña, 1991, 1998) se presenta una muestra de los castigos que aplican las comunidades aymaras. Dicha muestra está basada en la comunidad de Calahuyo, sin embargo se pudo confirmar que también tienen aplicación frente al universo de conflictos de las comunidades de Titihue y Tiquirini-Totería. Los principales castigos que se imponen en las comunidades aymaras son seis:

- *Las multas pecuniarias:* Se miden monetariamente y varían de acuerdo con el tipo de pleito (si se trata de un acto inmoral, la multa será mayor), la calidad del pleitista (si es reincidente, la multa también se acrecentará) y la situación del costo de vida en cada comunidad. Teniendo en cuenta este último factor, se puede decir que en el año 1984 la multa promedio en conflictos de origen familiar podía ser de 25,00 soles, en febrero de 1989 fue de 15.000,00 intis, en marzo de 1992 el promedio se podía calcular en 20,00 nuevos soles, y en octubre de 1999, tal promedio ascendía a 70,00 nuevos soles⁹¹. Lo recaudado en este tipo de castigo es, por regla general, destinado al fondo o cuenta comunal. Sin embargo, en comunidades como Titihue esta regla puede relativizarse, pues cuando se trata de casos de robo de ganado u otros bienes, en los que se ha recuperado lo robado, es permisible que parte del total de la multa aplicable sea en beneficio del órgano interviniente (las autoridades político-comunales y sus comisionados) como contraprestación al esfuerzo brindado en la resolución del pleito⁹².

⁸⁸ Ver por ejemplo el caso de Tiquirini-Totería "Acta de asamblea ordinaria (donde se llama la atención del presidente y se decide su renuncia)", en Libro del Teniente, acta de fecha 22-10-93.

⁸⁹ Ver por ejemplo a Calahuyo: "Acta de derogación del cargo de teniente gobernador", en Libro de Actas III, acta de fecha 15-06-92.

⁹⁰ Al respecto puede verse a Calahuyo: "Acta de cambio de director y personal de servicio del Centro Educativo de menores...", en Libro de Actas IV, acta de fecha 25-01-99.

⁹¹ Las cantidades indicadas coinciden con un promedio de US\$20,00 (veinte dólares estadounidenses) de las últimas fechas.

⁹² Al respecto puede verse a Titihue: "Acta de compromiso y arreglo de robo de un ganado (vaca) por JEM", en Libro de Antecedentes, acta de fecha 12-01-97, cláusula cuarta.

- *El trabajo obligatorio o forzado:* En las comunidades de Huancané se utiliza este tipo de sanción cuando se ha incumplido la faena o los trabajos comunales. En algunos casos, suele utilizarse como castigo complementario a quienes cometieron daños a la propiedad comunal (en las parcelas o totorales) o actos inmorales que en opinión de los comuneros dañan los sembradíos del territorio comunal. Consiste en la obligación que se ejerce contra el comunero sancionado para que ponga en actividad su fuerza de trabajo en favor de un bien comunal.
- *La llamada de atención o censura pública:* Se suele imponer frente a la comisión de malos comportamientos que, según los comuneros, transgreden criterios éticos o morales: por ejemplo, frente al cónyuge varón en caso de maltratos, frente al comunero o comunera que ha ofendido a las autoridades o asamblea o en los casos de actos inmorales. Busca ante todo sancionar el mal ejemplo.
- *La limitación sobre beneficios o servicios comunales:* Son castigos económicos, referidos principalmente a los derechos sobre utilidades de los bienes comunales, en los que el propio comunero sancionado hubo participado. Ejemplos de bienes sobre los que se imponen limitaciones son el sembradío y la posterior cosecha de la parcela comunal, el sembradío en los andenes comunales, los árboles de eucalipto de la comunidad, los pastizales de los cerros comunales, los totorales de la comunidad, el servicio de la tienda comunal, entre otros.
- *El envío del caso a las autoridades de Huancané:* Se aplica frente a las persistentes riñas y ante la incapacidad de las partes privadas de asumir un arreglo de buena forma. Este castigo tiene su razón de ser en el desprestigio de las autoridades judiciales de la ciudad: los comuneros están convencidos de lo costoso que resulta acudir ante tales autoridades y, contrariamente, de la poca eficacia en una solución definitiva.
- *La expulsión de la comunidad:* Es el castigo más grave que puede recibir un comunero y su familia. Se aplica en casos extremos, contra quien o quienes no han conseguido reformarse, luego de haber cometido varios delitos o daños comunales, haciendo insoportable la vida en la comunidad. Esta expulsión significa a su vez la pérdida de las parcelas familiares de los comuneros sancionados, las mismas que pasan a manos de la comunidad convirtiéndose en terrenos comunales o de propiedad del conjunto de miembros de cada comunidad. Los sancionados, generalmente migran a ciudades lejanas; sin embargo, también se conocen casos de expulsiones temporales, en las que el comunero castigado retorna a la comunidad con previa aceptación unánime de la asam-

blea y el cumplimiento de otros castigos por parte del mismo comunero⁹³.

De todos los tipos de castigos señalados, el más popular es el uso o la aplicación de las multas. Su aplicación puede apreciarse en la totalidad de los conflictos colectivos, de origen familiar y comunal, y en algunos casos puede apreciarse incluso en los conflictos familiares. De otro lado, cabe señalar que la pena o castigo de expulsión de la comunidad es una de las menos aplicadas debido a que son igualmente extraños los casos en que los comuneros cometen los conflictos que dan lugar a ese tipo de castigo debido a la existencia de relaciones personalizadas en el interior de cada comunidad, así como al control familiar y comunal que imprime la propia comunidad.

A lo anterior puede sumarse la pena de *castigos físicos*, aplicables particularmente a los casos de actos inmorales y robo de ganado. Dichas penas o castigos consisten en la aplicación de latigazos sobre el cuerpo del transgresor o responsable directo del conflicto, entendida como un acto de “fuerte llamada de atención”, de reivindicación de los intereses de la familia, y de ratificación del poder de la asamblea o de los intereses del conjunto de familias comuneras.

En Tiquirini-Totería se tuvo conocimiento, por información de una de las familias de dicha comunidad, de un caso de acto inmoral ocurrido en el año 1998 que terminó en la aplicación de castigos físicos contra el comunero transgresor. El conflicto se originó cuando un comunero envuelto en amoríos con una mujer residente⁹⁴ se fugó a la capital dejando a su esposa e hijos. Cuando dicho comunero regresó a la comunidad, luego de haberse separado de la mujer con la que había huido, la familia de la agraviada y la propia familia de dicho transgresor –incluyendo a sus padrinos– habían sometido el caso ante las autoridades y la asamblea comunal. En esta asamblea se decidió la aplicación de latigazos sobre el cuerpo de dicho comunero, los mismos que serían aplicados por parte de los padres de ambas familias y los padrinos del matrimonio. Solo posteriormente el comunero “corregido” volvería con su pareja e hijos.

Un último aspecto a tratar respecto a las sanciones corresponde al tercer elemento que regularmente aparece como complementario a los castigos: la amenaza de un castigo o pena más severa en caso de repetirse el conflicto. Se trata de un elemento preventivo a nivel de las sanciones,

Ver por ejemplo a Titihue: Exigen y confirman cumplimiento de sanción de comunero por “expulsión de dos comunidades”, en Libro de Antecedentes, acta de fecha 23-05-97.

⁹⁴ El “residente” es considerado aquella persona que ha emigrado y reside fuera de la comunidad, sea hombre o mujer. Las características de este término se tratan más detalladamente en el siguiente capítulo, en el que se cita un tipo especial de conflicto intercomunal vinculado a la relación con los emigrantes de las comunidades de estudio.

cuya finalidad consiste en garantizar y perpetuar la solución conseguida frente al conflicto de interés comunal. Para ello se recurre a la referencia de un castigo o pena más fuerte que pueda afectar al transgresor o a las partes en pleito. Aquí resaltan nuevamente las multas pecuniarias, bajo sumas mayores aplicadas como castigo, pero también se destaca la “amenaza de remitir el caso a las autoridades competentes de Huancané”:

COMUNIDAD DE TITIHUE:

SEXTO.- Por ambas partes pedieron disculpas y se comprometieron en no reinciden, caso contrario la parte culpable aportará una multa de cien soles peruano (S/. 100.00) para beneficio de la comunidad y que cumplirse ante las autoridades de la comunidad o ante las autoridades competentes de la provincia de Huancané y además se sancionará a sus culpas⁹⁵.

COMUNIDAD DE CALAHUYO:

OCTAVO.- Los comuneros y miembros de la Directiva comunal, en resumen de todo esto platearon que ponga una multa de la cantidad de S/. 30.00 nuevo soles para que la próxima vez no ocurra más problemas posteriores, caso contrario será elevado a las autoridades competentes de la provincia de Huancané bajo oficio firmado por la directiva comunal⁹⁶.

COMUNIDAD DE TIQUIRINI-TOTERIA:

SEXTO.- En caso de incumplimiento o algún retracto serán sometidos a la justicia legal o a las autoridades competentes de la provincia de Huancané⁹⁷.

En las cláusulas citadas puede apreciarse la amenaza de parte de las autoridades o la asamblea comunal de reprimir con mayor dureza futuros conflictos originados entre las partes en pleito o por el transgresor que dañó el terreno comunal, por ejemplo. En el primer supuesto, la aplicación de una fuerte multa (S/. 100,00 al año 1991⁹⁸) y el sometimiento ante las “autoridades competentes de la provincia de Huancané” aparecen como las amenazas de castigos más severos, mientras que en el segundo y tercer caso puede apreciarse que la amenaza consiste en la remisión del caso a las “autoridades competentes de Huancané”. El hecho de que en estos últimos no se haya incluido la aplicación de una fuerte multa adicional dependerá del tipo del conflicto y de la calidad de las propias partes. De otro lado, el hecho de que en los tres casos se indique la amenaza de remitir el

⁹⁵ Titihue: “Acta de compadecencia, demandante CT vda. de R, demandado MRM y esposa MCR (riñas e insultos por riñas de terrenos)”, en Libro de Antecedentes, acta de fecha 24-07-91.

⁹⁶ Calahuyo: “Acta de sanción (a familia comunera) sobre los problemas ocasionados de la tierra comunal”, en Libro de Antecedentes, acta de fecha 18-06-92.

⁹⁷ Tiquirini-Totería: Maltrato de menor y acuerdo sobre retorno de niño dado en “adopción”, en Libro del Teniente, acta de fecha 22-07-94.

⁹⁸ Suma equivalente a US\$100.00 (cien dólares) a la fecha indicada.

caso a “las autoridades competentes de Huancané” no significa que automáticamente la reincidencia entre las partes en conflicto produzca el cumplimiento de la amenaza y, en consecuencia, se produzca la intervención de las autoridades de la ciudad. De acuerdo con las actas revisadas, tales supuestos son remotos⁹⁹.

La racionalidad de las partes

Frente al conflicto, la concepción o racionalidad¹⁰⁰ del comunero aymara consiste ante todo en buscar concluir el mismo dentro de un corto tiempo, llegando a una arreglo o una sanción y velando por el cumplimiento de estos. Quien se involucra como parte en cualquier conflicto sabe que tiene que seguir tal racionalidad. Más aún, quien es directamente parte en el conflicto está obligado a desempeñarse bajo dicha racionalidad.

Sea como parte privada, particular o familiar, identificada principalmente con un interés familiar-parental, o sea a través de su actuación como parte colectiva, en el cargo de autoridad o de miembro de la asamblea comunal, los comuneros aymaras se ven obligados a colaborar en el procedimiento de resolución para llegar al mejor acuerdo o decisión frente al conflicto, pero también a colaborar en el cumplimiento de tal acuerdo o decisión final. Para ello hay que sumar dos principios que se encuentran en la base de tal razonamiento y que pueden ayudar a comprender el porqué de dichas obligaciones: el primer principio corresponde al del *honor familiar* que está presente en la actuación de la parte privada, particular o familiar, y el segundo principio corresponde al del *ser colectivo* que está presente principalmente en la actuación de la parte colectiva¹⁰¹.

A continuación desarrollamos la racionalidad de la actuación de las dos partes regulares de los conflictos de las comunidades aymaras –la parte familiar y la parte comunal– incluyendo en cada una los principios que las identifican.

Actuación de la parte familiar o privada

Como se ha visto, la parte familiar, privada o particular tiene un papel preponderante frente a los conflictos identificados también como familiares o privados. Es frente a dichos conflictos que se destaca su partici-

Del total de casos registrados en una comunidad como Calahuyo, sólo ocho coincidieron con una particular relación con las autoridades políticas o judiciales de Huancané, de los cuales sólo tres se refieren a la resolución final del conflicto.

¹⁰⁰ El concepto de “racionalidad” se utiliza bajo el significado o la interpretación analógica de Max Weber (1969) cuando se refiere a la construcción de la sociedad moderna. En tal sentido, “racionalidad” puede ser entendida como la percepción general de un grupo social sobre un fenómeno determinado, al que le aplican reglas generales, previstas, valoradas y sancionadas por el propio grupo social.

¹⁰¹ Un desarrollo detallado de estos dos elementos de la racionalidad en la actuación de las partes en un conflicto de los comuneros aymaras, también puede ser consultado en el trabajo anterior (Peña, 1998). En las páginas siguientes se mostrará su aplicación en el

pación tanto en el procedimiento de resolución –para llegar a un “arreglo” o decisión final– como en el procedimiento de ejecución del mismo –para evitar que se repita el conflicto. Complementariamente, esta misma participación de la parte familiar puede apreciarse en de los conflictos colectivos, cuando se ve comprometida frente al interés comunal.

Respecto a los conflictos particulares, las partes privadas participan de manera dinámica en la búsqueda de una solución desde el momento en que ocurre el pleito. Antes del conocimiento de las autoridades o de la asamblea comunal, el conflicto ya se ha agotado ante los propios órganos familiares-parentales. El familiar mayor, los padrinos o compadres o las propias partes, en una actuación “amigable”, han promovido el arreglo armonioso para terminar con el conflicto. Generalmente acuden a los órganos formales de su comunidad con un criterio complementario, para formalizar en actas el arreglo de separación o divorcio, de división o transferencia de parcelas, de acuerdo final sobre un contrato de anticresis, y hasta casos de lesiones o riñas entre hermanos.

La actuación de la parte familiar y sus órganos se extiende al propio proceso o procedimiento de ejecución del arreglo o decisión final al cual se llega. Luego de haber llegado al arreglo, los órganos de resolución familiar y los familiares o parentela estarán preocupados por el cumplimiento de cada uno de los aspectos que consideraron centrales en el acuerdo. Ello se hará evidente con las visitas frecuentes, los comentarios entre familiares y entre vecinos, las llamadas de atención al irresponsable o a los irresponsables del conflicto, y el diálogo permanente. En el ejemplo de reconciliación de la joven pareja, antes citado, los padres y padrinos así como los hermanos y otros familiares mayores estarán pendientes de la nueva actuación de los cónyuges en pleito. Es más, ellos expresamente se incluyen en el acta como garantía del éxito de la reconciliación:

QUINTO.- Quien los padres (se comprometen) apoyan de ayudar en todo aspecto para su progreso¹⁰².

Y siguiendo la propia naturaleza de las sanciones comunales antes estudiadas, en cuanto considera como tercer elemento la “amenaza de un castigo más severo”, las partes familiares se someten a una regla semejante bajo los siguientes términos:

SEXTO.- Caso de no obedecer a los párrafos anteriores será sujeto a la multa equivalente a la suma de doscientos mil millones¹⁰³ en beneficio de la comunidad ó al acuerdo de la asamblea general de autoridades ó de acuerdo del Estatuto vigente conforme

conjunto de comunidades de estudio, confirmando que además de Calahuyo, es posible encontrar tales principios en las comunidades de Titihue y Tiquirini-Totería.

¹⁰² Titihue: Reconciliación de joven pareja luego de “separación y líos”, en Libro de Antecedentes, acta de fecha 16-03-91.

¹⁰³ Dicha suma equivalía a S/. 200,00 (doscientos nuevos soles), que en la fecha podía ser comparado, en su equivalente en dólares, a US\$ 200,00 (doscientos dólares).

a ley(;) caso omiso será elevado a la instancia superior descrito de esta acta bajo documento adjunto.

SETIMO.- (En) caso de que los familiares padres, hermanos, tíos y otros suelen, opresión a favor o en contra(;) no serán (considerados) ó también merecerá una sanción propia¹⁰⁴.

A manera de cláusula penal, las partes familiares, incluido el transgresor directo, se obligan a contribuir en el éxito del arreglo, esto es a acabarlo definitivamente. En el caso específico entienden que el éxito se consigue con la reconciliación de la pareja, la que significará que cada uno de los miembros de esta cumpla como esposo o esposa, y de otro lado que los otros familiares cumplan como tal –padre, padrino, hermano, tíos– sin intervenir a favor o en contra en la relación de la pareja conciliada. Los demás miembros familiares entenderán que es la pareja la que resolverá sus pequeños conflictos, para así “formar un hogar a propio sacrificio”, pero también entienden que deberán estar pendientes de cualquier otro acto de separación o líos que se manifieste en un nuevo conflicto.

De otro lado, la actuación de la parte familiar frente al conflicto comunal o colectivo también tiene una racionalidad semejante. Durante el procedimiento de resolución la parte familiar comprometida no buscará eludir o evadir el conflicto con el propósito de prolongarlo o desviarlo. La parte familiar, al lado de su parentela –con su respaldo y protección– se someten al conflicto y una vez dentro de este ceden y reconocen sus errores. El diálogo en su lengua materna, como la opinión y crítica del conjunto de comuneros en asamblea o, más precisamente, de parte de sus autoridades, condicionan el desarrollo de tal sometimiento. La parte familiar sabe que por el prestigio de su parentela no deberá mentir, lo que facilitará el arribo a una decisión final en el corto tiempo.

El principio del honor familiar en la actuación de la parte individual-familiar

Dentro de la parte familiar y su parentela hay algo subjetivo, de alta intensidad, que es lo que motiva y fuerza la racionalidad de su actuación en el proceso de resolución del conflicto: el *honor familiar*. Esta fuerza subjetiva que en términos sencillos o prácticos se podría calificar como el prestigio que identifica a cada familia y su parentela, es la que fuerza la participación de padres, padrinos, tíos y los propios comuneros involucrados en la resolución y posterior cumplimiento del acuerdo o la decisión final sobre el conflicto familiar o el conflicto comunal en el que se vean involucrados.

La conservación y el cuidado del *honor familiar* en el interior de las parentelas de las comunidades de estudio hace que el acuerdo o decisión final arribe antes que otras familias o parentelas logren enterarse del mismo, o antes que la discusión se dilate o se torne agresiva en de la asamblea.

¹⁰⁴ Titihue: Reconciliación de joven pareja luego de “separación y líos”, *op. cit.*

En el caso “Llamada de atención y sanción por ofender autoridades y por haber convevido con la señora DL sin terminar con la primera”¹⁰⁵ puede apreciarse un fuerte despliegue de la actuación de la parentela sobre la actuación de las propias autoridades dentro del propósito de aclarar y terminar con el conflicto, aunado al reconocimiento de los errores, las disculpas, el pago de una fuerte multa y la promesa de no repetir el conflicto por parte del comunero transgresor:

(...) Don DMR se manifestó (que) ha convevido ocho meses con la señora de Capachica, pero nos hemos puesto de acuerdo para separarse, inmediatamente (después) he convevido con la señora DL, *todo esto sabe mis familiares y están de acuerdo para cambiar de esposa* (;) o sea la señora JF es reemplazada por DL(;) otro dice que la señora DL me obligó irme con sus propios pies obligándome a mi persona para despedir o separar de la casa a la señora JF y yo hice caso y al final se despidieron en buena forma entre ambas señoras y se fue llevándose algunas cosas.

(...)

(...) Sobre insultos se pidió disculpas diciendo que debían venir unos dos personas y otro día porque ese rato estaba en estado etílico, pero (replican las autoridades) Don DM *habló a la asamblea de la comunidad sin guardar el mínimo respeto haciendo quedar mal a la familia Mendoza*(;) sobre el caso don AMR se manifestó que a su (hermano D.) había encomendado que primero debería dejar en su casa a la señora JF haciendo separación de cuerpo y recién conseguir otra mujer, así mismo dejó que mi hermano D. no vino a las reuniones (familiares y convocadas por las autoridades) por eso yo digo que reconozca sus errores y que acepte las sanciones que la Asamblea determine (.A)si mismo informaron que el señor D. había amenazado de muerte maltratando físicamente a la señora JF.

(...)

Segundo.- Las asambleístas opinan que debe poner una multa uno por ofender a las autoridades y otro por convivir con dos mujeres (;) después de muchas intervenciones llegaron a una *conclusión de que debe poner una sanción de doscientos cincuenta nuevos soles para las autoridades y otros doscientos cincuenta soles para el fondo de la comunidad*(;) Don DMR reconoce sus errores y acepta poner la multa como sanción la cantidad propuesta(,) esto pagará a la comunidad a más tardar el Quince de Octubre del presente año y señala como garantía una vaca maltona(;) reiterando varias veces (sobre) las opiniones de los comuneros, se compromete pagar la multa sin dudas ni murmuraciones, ni cambiar las ideas, *asimismo se compromete que sus familia-*

¹⁰⁵ Titihue, Libro de Antecedentes, acta de fecha 6-09-97.

res no hablaran nada, del mismo modo que no hablará palabras groseras hacia las autoridades y hacia sus semejantes, pero el público pide que se aplique otra multa a la señor DLR(;) muchos comunero recomendaron de buena manera, acepta las recomendaciones y vuelve a comprometerse del pago de la multa y vivir sin insultos a las autoridades y a todos los comuneros”¹⁰⁶.

Puede apreciarse la fuerza coercitiva de la comunidad y sus autoridades por resolver el conflicto, particularmente porque en días anteriores el comunero transgresor había ofendido a dichas autoridades, pero también puede apreciarse la preponderancia del interés de la familia del comunero transgresor –su hermano, primos o tíos sobrevivientes ante la ausencia de sus padres y padrinos– por reconciliarse con la asamblea y también terminar con el conflicto. La parentela involucrada se muestra preocupada porque el familiar transgresor “habló a la asamblea de la comunidad sin guardar el mínimo respeto haciendo quedar mal a la familia Mendoza”: en adición al “error” de la convivencia simultánea con dos mujeres, que constituye una grave falta por no respetar las reglas del matrimonio aymara –monogámico y por etapas–¹⁰⁷, el comunero transgresor ofendió a las autoridades. Pero, más aún, la transgresión familiar y el daño al honor familiar no sólo ha sido del lado de la familia Mendoza, sino del lado de la parentela de la señora DLR (la segunda conviviente) contra la que también se exige el pago de una multa.

Dentro del mismo criterio, el hecho de cumplir con el acuerdo y evitar que el conflicto se repita, es otra manifestación de la fuerza subjetiva del *honor familiar*. “Cumplir con lo prometido” o “cumplir con la palabra empeñada”, se presenta como un elemento semejante al “no mentir” y el “reconocer los errores” dentro del procedimiento de resolución. Pero, esta vez, el “cumplir con lo prometido” buscará borrar el conflicto, desaparecerlo para evitar que las familias se enteren o sigan hablando del mismo, buscando recuperar en parte el *honor familiar* afectado.

Actuación de la parte colectiva o comunal

La parte colectiva o comunal en una comunidad se expresa formalmente a través del conjunto de sus autoridades –donde se destacan el presidente y el teniente gobernador–, el conjunto de comisiones especiales (electrificación, agraria, club de madres, Apafa, etc.) y la asamblea comunal que reúne al conjunto de autoridades, comisiones y a las diferentes familias y comuneros que viven en su territorio. Las páginas siguientes, más que ocuparse de las autoridades, comisiones y la asamblea en sí, se ocuparán de las familias y sus comuneros que interactúan en la comunidad sin necesidad de ostentar cargos o comisión alguna u, ostentándolos, buscar saber cuál sería su racionalidad frente al conflicto si es que no tuviere dicho car-

¹⁰⁶ Titthue, *Ibid.*, resaltado y entre paréntesis nuestro.

¹⁰⁷ Al respecto puede revisarse a Albó (1980) y Carter (1980).

go o comisión. Es decir, se trata de absolver la siguiente pregunta: ¿Cómo reacciona o actúa un comunero común como parte de su familia y comunidad frente a un conflicto en el que se ha afectado el interés de la comunidad?

Como ya se ha señalado, la actuación de la parte colectiva o comunal está presente en los conflictos denominados también comunales o colectivos, en los que también se pueden distinguir la etapa del procedimiento o de resolución del conflicto y la etapa del cumplimiento del acuerdo o la decisión final sobre dicho conflicto. Dentro de la etapa del procedimiento de resolución, cuando se ha afectado el interés de la comunidad, todos los comuneros o cada individuo-familia de las comunidades de estudio se sienten con un legítimo derecho de participar en su defensa. Esta defensa se ve expresada a través de la preocupación sobre el conflicto –que traslada a su casa y trabajo–, la “denuncia” o “demanda” que formula ante las autoridades o asamblea, la declaración testimonial de los hechos que hubo conocido, los indicios o evidencias que puede aportar por conocer el lugar de los hechos o por encontrarse en dicho lugar antes o después de los incidentes del conflicto, su participación como “comisionado” voluntario o nombrado para seguir las huellas de un ganado perdido, el aporte de su opinión como comunero mayor o ex autoridad concedora de problemas similares, con la comprensión y la participación en la toma de la decisión final, etc. Incluso, tratándose de un conflicto grave, la participación de esta parte colectiva o comunal se ve expresada en la sola asistencia a las asambleas o reuniones extraordinarias que, por horas, suspende sus faenas agrícolas o ganaderas y, como consecuencia de ello, se ve expresada en la aplicación de medidas de solución rápidas y directas.

En el caso de Tiquirini-Totería, por ejemplo, comunidad que resultó del desmembramiento de la comunidad mayor Quishuarani-Tiquirini¹⁰⁸, tal desmembramiento ha significado y sigue significando uno de los conflictos más prolongados y complejos de la comunidad. A la decisión inicial de desmembramiento, ocurrido en 1986, se sumaron otros acuerdos confirmatorios para el trámite de su reconocimiento, como el siguiente:

En la comunidad de Quishuarani-Tiquirini en el setio denominado tienda comunal en comprensión del distrito y provincia Huancañé se llevó la reunión bajo la convocatoria de la directiva comunal para tratar el asunto de desmembramiento.

{P}or unanimidad nos decidimos en desmembrar al sector Villa Quishuarani¹⁰⁹ de nuestro territorio lo mismo que la colendencia es por el río Putina por medio, y por el Sur con la CC. Chuquia-

¹⁰⁸ Al respecto se puede consultar el capítulo II, en el aparte 2.3.2., en el que se refiere brevemente el proceso de formación de la comunidad Tiquirini-Totería.

¹⁰⁹ La referencia de “Villa Quishuarani” corresponde a la comunidad mayor desde donde se ha desprendido la comunidad de Tiquirini-Totería. Una vez que esta alcanzara su reconocimiento, dejó el nombre de Quishuarani-Tiquirini el que se fusionaría en la comunidad que había sido identificada como Villa Quishuarani.

quillo, por el este con la C.C. Cuyuraya, y por el norte con la CC. Chijichaya es la toda veracidad en cuanto a las colindancias y por decisión por mayoría firmamos todos los asistentes a esta acta. al pie en la fecha del diecesis de agosto de mil novecientos noventa y seis (16-08-97)¹¹⁰.

Como se señaló en la presentación de la comunidad de Tiquirini-Totería¹¹¹, su desmembramiento tuvo origen en una serie de actividades incompatibles entre dos grupos de campesinos de la comunidad de Quishuarani-Tiquirini o comunidad “madre”: un grupo ubicado al lado este del río Putina (también llamado río Huancané), y otro grupo ubicado hacia el lado oeste. Al lado este se encuentra lo que hoy es la comunidad de Tiquirini-Totería, y al lado Oeste aparece la comunidad mayor que ha quedado con el nombre de Quishuarani. Los integrantes de ambas comunidades fraccionadas han afrontado una multitud de conflictos de interés comunal, los mismos que se han suscitado desde la decisión inicial de desmembramiento y conformación de una nueva comunidad por el lado de una de las facciones. Conflictos como robos, agresiones y enfrentamientos físicos esporádicos, aparecen tanto en los registros de sus Libros de Actas como en el recuerdo de los comuneros de Tiquirini-Totería. Es en el desarrollo de tales acontecimientos donde es más posible encontrar las muestras de participación de los comuneros en la resolución del histórico conflicto.

En la etapa de ejecución o de cumplimiento del acuerdo o decisión final, el razonamiento de la actuación del conjunto de comuneros tiene que ver con lo anteriormente explicado: extinguir el conflicto, y superar el grave perjuicio producido contra el orden y la paz comunal. Como ocurre con los conflictos particulares o familiares, el conflicto colectivo no se entiende concluido si con posterioridad al acuerdo o decisión final no se cumplen los acuerdos. Se requiere de la efectivización del acuerdo o sanción decidido en el procedimiento de resolución.

La idea del *ser colectivo* como sustento de la participación de la parte colectiva o comunal

¿Qué produce en el conjunto de comuneros el razonamiento de actuación antes descrito en la búsqueda de extinguir el conflicto comunal o colectivo? Tal explicación se encuentra en la voluntad de cada uno de los comuneros y su relación familiar de restituir lo que ellos entienden por orden, estabilidad o paz comunal.

Los comuneros sienten que antes que ellos –antes que el interés familiar–, se encuentra el interés del conjunto de familias y comuneros en general. Hay un carácter cuantitativo por el que se podría afirmar que el

¹¹⁰ Tiquirini-Totería: “Acta de desmembramiento del territorio comunal de la comunidad campesina de Quishuarani-Tiquirini (confirmación)”, en Libro de Actas del Teniente, acta de fecha 16-08-97.

¹¹¹ Ver al respecto el aparta 2.

conjunto de 60, 170 u 80 familias en Calahuyo, Titihue y Tiquirini-Totería respectivamente, “valen” más que uno o dos familias en pleito que transgreden el orden comunal. Pero, más que ello, también está presente un carácter cualitativo que consiste en identificar al conjunto de la comunidad y su territorio como un espacio de identidad: es el lugar donde la familia transgresora, al igual que el conjunto de las otras familias, interactúan, se prestan ayuda, realizan sus faenas agrícolas, se divierten, practican deportes, se rotan los cargos, se reúnen, organizan sus fiestas, etc.

Se trata de la existencia de un referente comunal, un *ser colectivo* que se origina, se reproduce, o está presente en la racionalidad del conjunto de comuneros. Dicho *ser colectivo* se presenta como el espíritu que, más allá de la fuerza o coerción de las autoridades y la asamblea como órganos de resolución, fomenta la predisposición para la autocomposición de los diversos conflictos de interés comunal¹¹². El daño a la parcela comunal, o a los pastos o *llachu* comunales, la “mala administración” de la tienda, la riña escandalosa entre familias en la comunidad, la falta de respeto a las autoridades y a la asamblea, la comisión de actos inmorales que producen el castigo de la naturaleza, como los casos de robos en la comunidad, son conflictos que se resuelven bajo la racionalidad del espíritu del *ser colectivo*, más allá de la propia intervención o actuación de los órganos de resolución.

En el caso de la comunidad de Titihue, “Acta de Antecedente de Robo de Animal de una vaca brones (Brown Swis) de hermano BRL, que cometió de robo por el joven militar ERM (servicio activo)”¹¹³, puede apreciarse en detalle la predisposición autocompositiva de parte de los comuneros por resolver uno de sus más complejos conflictos y extinguirlo dentro de la presencia de su *ser colectivo*. En dicho caso el *ser colectivo* se presenta en la capacidad de acceder al pedido de ayuda de uno de los comuneros, en el préstamo de la bicicleta y el desplazamiento conjunto por diversos frentes para encontrar el animal robado. Una vez capturado el ladrón, el *ser colectivo* se pone de manifiesto en la capacidad de convocatoria del conjunto de comuneros y autoridades para llamar la atención en público y castigar al comunero transgresor. Aquí el honor de la familia a la que pertenece el transgresor forzaría el reconocimiento de los errores y los arrepentimientos, pero también legitimaría la ejecución de castigos físicos por parte del hermano mayor, ante la ausencia del padre. Adicionalmente, la racionalidad bajo el *ser colectivo* forzaría la búsqueda de la mejor sanción dentro del propósito de reparar el daño ocasionado a la comunidad, buscando que quede de recuerdo para que no se cometa otro hecho similar. Curiosamente el monto de la sanción se negocia con la familia del trans-

¹¹² La idea del “espíritu” en el *ser colectivo* se puede asemejar a la idea del “espíritu” que está en las cosas de acuerdo con la interpretación del *hau* que presenta Marcel Mauss cuando se refiere a la teoría de los dones en las obligaciones entre sociedades o comunidades melanésicas (1971).

¹¹³ Titihue, Libro de Antecedentes, acta de fecha 6-08-98.

gresor directo hasta llegar a un monto de S/ .250,00. Sin embargo, la preocupación final sobre el conflicto no se agotará en la decisión o sanción tomada –el pago de una multa y el castigo físico–; sobre dicha decisión o sanción se hará presente el sentimiento y la participación colectiva puesta de manifiesto en la llamada de atención de parte del conjunto de comuneros, la mirada vigilante del colectivo puesta sobre el joven comunero transgresor, etc. Ello simbolizará la exigencia permanente del *ser colectivo* para que el transgresor y su familia cumplan con el acuerdo y se evite la repetición de otra transgresión similar.

De esta forma, el *ser colectivo* aparece relacionado con el fin o las finalidades propias de cada comunidad. La idea de orden, estabilidad o paz comunal, no es sino la idea de carecer de conflictos, de evitarlos y, si estos se producen, buscar terminarlos, extinguirlos. Ello involucra el concepto de *ser colectivo* con las palabras de “desarrollo” y “progreso” comúnmente citadas por los comuneros en sus debates de asambleas. El progreso y desarrollo comunal puede ser expresado en la idea de empresa comunal iniciada por la comunidad de Tiquirni-Totería, en la extracción y explotación de los pastos y *llachus* para la comunidad de Titihue, o en el aprovechamiento del terreno y andenes comunales para el caso de la comunidad de Calahuyo. De ahí que la propia idea de *ser colectivo*, incluida la referencia de progreso y desarrollo, a su vez pueda ser entendida como el indicador de la existencia de lo comunal en el interior de cada comunidad. En tanto disminuya o desaparezca dicha idea o ideal, la comunidad se verá afectada.

Comprensión y alternativa del poder judicial comunal aymara: los desafíos de su aplicación

A partir del esbozo presentado, y con el fin de mostrar y sustentar cómo se presenta el poder judicial comunal para los comuneros aymaras de Huancané, corresponde intentar una reflexión sobre lo que puede significar su futuro en nuestro país. Esta inquietud debe ser analizada desde dos perspectivas: desde del Estado, y desde la de las comunidades aymaras.

Desde el Estado debe promoverse, en forma integral, el reconocimiento constitucional del sistema de resolución de conflictos de comunidades como las de Huancané. La Constitución Política de 1993 ha hecho una importante contribución al regular en su artículo 149 la jurisdicción especial de las comunidades campesinas¹¹⁴. Sin embargo, la citada norma constitucional no tiene antecedente en trabajos de investigación previos, y

¹¹⁴ El artículo 149 de la Constitución Política del Perú, establece: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

asume más bien un criterio de regulación semejante al modelo del poder judicial autónomo y exclusivo dentro del Estado moderno. Esta jurisdicción comunal se ha regulado como algo especial, sometido a determinados órganos y dentro de los límites de una concepción discutible de derechos fundamentales de la persona, contrarios muchas veces a la realidad de los comuneros¹¹⁵.

El Estado puede estar agradecido por la descongestión de los diversos juzgados de Huancané, en tanto la mayoría de la población del distrito, y porque no decir los de la propia provincia, acuden a sus propios órganos comunales para resolver sus conflictos. Sólo la labor de los juzgados rurales se ha presentado como complementaria a la labor de la organización comunal en la que se encuentran ubicados, mientras que los juzgados de paz de la ciudad y los juzgados mixtos de primera instancia, han devenido en una instalación ociosa por su limitadísima carga procesal.

A octubre de 1999, mes en que se recopiló información directa de los propios órganos de resolución de los juzgados estatales, los cinco juzgados de paz letrados que existían años atrás habían desaparecido dando lugar a la formación del único juzgado de paz letrado de la provincia. Este juzgado, por propia información de sus funcionarios, se encontraba con una mínima carga judicial¹¹⁶. El total de casos civiles y penales correspondiente al año 1998 fue de 270, donde 150 correspondía a materia penal y 120 a materia civil. A octubre de 1999, las cifras anuales eran proporcionalmente semejantes: los casos penales llegaban a 125, en tanto los casos civiles a 90. Comparado al movimiento de casos de los cientos de juzgados de paz letrados de ciudades grandes como Lima, Arequipa o Trujillo, muestra una gran diferencia. En cada uno de estos juzgados es posible recibir mínimamente el total de los 270 casos anuales del juzgado de Huancané en sólo un mes.

De otro lado, el único juzgado mixto de primera instancia de Huancané, competente en materia civil, penal, agraria y laboral, tenía las mismas características antes descritas del juzgado de paz letrado. En el juzgado mixto podían distinguirse también entre casos penales y civiles, con mínima identificación de casos laborales o agrarios. Según indicación de sus funcionarios¹¹⁷, el juzgado recibe anualmente entre el 65% a 70% de casos penales, en tanto el 35% ó 30% corresponden a casos civiles¹¹⁸. Al mes de octubre de 1999, sólo habían recibido 102 casos penales, y un promedio estimado para año 1998 fue de 120 casos¹¹⁹.

¹¹⁵ El tema de los límites de los Derechos Humanos en la labor jurisdiccional de poblaciones como la de los aymaras sugiere diversas reacciones. La opinión del autor al respecto aparece expuesta en un trabajo anterior (Peña, 1998, capítulo 13).

¹¹⁶ Huancané: Entrevistas realizadas en octubre de 1999.

¹¹⁷ Huancané, *Ibidem*.

¹¹⁸ Los casos laborales o agrarios en particular se subsumen dentro de la categoría de casos penales, porque las partes agraviadas prefieren normalmente tal procedimiento.

¹¹⁹ Estos datos resultan sorprendentes si se compara (al igual que anteriormente hemos referido para la labor del juzgado de Paz Letrado) el número de cosas que reciben las

Esta situación no sólo es consecuencia de la función jurisdiccional de las comunidades de Calahuyo, Titihue y Tiquirini-Totería, respaldadas por su liga agraria, sino consecuencia de todo un movimiento o la reacción del conjunto de comunidades aymaras de Huancané. A los juzgados generalmente llegan los casos de las parcialidades de la misma provincia, donde no existe todavía una asamblea dinámica, y donde las autoridades están restringidas a su teniente gobernador.

Ahora no se trata de reconocer un derecho consuetudinario o un derecho ancestral o tradicional reglamentado por ley, sino más bien, de reconocer una justicia y un derecho diferentes, tanto como se reconocen culturas diferentes. No existe una cultura superior o inferior, como tampoco existe un concepto de justicia o un sistema judicial superior o inferior; se trata de una cultura y sistemas judiciales diferentes.

Desde las comunidades aymaras del sur andino, y particularmente desde Calahuyo, Titihue y Tiquirini-Totería, se hace indispensable una nueva actitud. En opinión del autor, sólo en los propios comuneros está la posibilidad de consolidar su sistema judicial, lo que supone las tareas de continuar fortaleciendo su organización comunal y superar su situación de dependencia económica.

Aspectos de su organización social como el de rotación de los cargos, la exigencia de que todos asistan a sus asambleas y participen, el acceso de la mujer aymara a los cargos de representación, etc., son instituciones o disposiciones que no deben desaparecer y, por el contrario, deberían avanzar y perfeccionarse. Particularmente, la institución de la rotación de los cargos¹²⁰ se presenta como fundamental y puede significar un aporte para otras sociedades. Desde el Estado, quien ostenta un cargo se convierte en un omnipotente de la institución que representa y, si por él fuera, permanecería en forma vitalicia en su cargo. Esto es contrario a los comuneros quienes, con cargos o sin estos, son los mismos y esperan siempre, por diversas razones, que concluya el plazo de su designación para que otro comunero lo suceda. En la función judicial, inclusive, puede apreciarse que tal rotación se convierte en garantía de su imparcialidad.

En las relaciones económicas, en cambio, los comuneros tienen un mayor reto. La relación de dependencia con la costa y las grandes ciudades, que se manifiesta en una situación de desventaja por parte de los comuneros para el intercambio de productos, debería variar. Las grandes ciudades siguen subsumiendo de las comunidades sus mejores productos, como la carne vacuna y la papa, pagándoles un precio irrisorio com-

decenas de juzgados de primera instancia en materia civil o penal de Lima. En estos mínimamente se pueden recibir entre 250 a 300 casos mensuales.

¹²⁰ La rotación de los cargos se presenta como una regla regular en el interior de las comunidades de estudio. Los cargos de presidente y de teniente gobernador son rotados entre cada uno de los miembros de la comunidad (Peña, 1998).

parativamente con lo que les venden (arroz, aceite, azúcar, ropa, etc.). Al respecto, los comuneros deberían ser capaces de negociar, ellos mismos, un mejor precio y, aprovechando la tecnología existente, también deben promover la industrialización de sus productos. Sólo de esta manera se evitará la desintegración de las comunidades –por las migraciones–, y se alcanzará una plena autonomía que, además, reforzará su organización social.

El sistema judicial o poder judicial comunal del sur andino contribuye al fortalecimiento esas relaciones sociales y económicas de las comunidades, pero también requiere del aporte de estas para consolidarse.

En el fondo, la presencia de este poder judicial comunal del sur andino ayuda, en el país, a reconocer la diversidad y a avanzar en la construcción de una organización política que incluya la convivencia de sus diferentes grupos sociales o étnicos, convencidos, desde luego, de que todos podemos alcanzar satisfacción y desarrollo.

Conclusión

El concepto y la existencia del poder judicial comunal manifiesta la necesidad de un cambio de paradigma. Frente al poder monista identificado en el concepto de Estado liberal o moderno, y reproducido en cada uno de los poderes clásicos como el de poder judicial o jurisdiccional, se presentan como alternativas otros poderes los cuales desde diversos espacios sociales y culturales muestran la eficiencia y eficacia en su funcionamiento, tal como ocurre con el poder judicial comunal de las comunidades aymaras del sur andino.

El poder monista jurisdiccional tiene efectos negativos en sociedades pluriculturales como la peruana dado que reproduce, a través de la actuación de sus órganos, problemas de costos, celeridad e ineficacia en los procesos de resolución de los conflictos que son partes miembros de grupos culturales como el de los aymaras. Contrariamente, la actuación de órganos familiares o comunales a través de una particular identificación de sus conflictos, de procedimientos de resolución, de acuerdos o decisiones finales, así como de una particular racionalidad fundada en los principios del *honor familiar* y el *ser colectivo*, pueden mostrar la superación de tales problemas.

El poder jurisdiccional esbozado por Duverger (1970) al inicio de este trabajo como la “acción de decir el derecho”, se encuentra reflejado en la estructura de los sistemas de resolución del poder judicial comunal aymara. En cada comunidad, como en la interacción de la misma, se reproducen las tres dimensiones de ese poder: en primer lugar, existe el poder de interpretación que, a través de sus órganos familiares o comunales de resolución, colinda con mucha facilidad con una toma de decisión creativa –creación de derecho–, flexible a las condiciones familiares y comunitarias en las que se desenvuelven sus miembros; en segundo lugar, existe el poder de deci-

sión *ejecutorio* que, a través de sus órganos de resolución pero particularmente de las partes y el entorno de las mismas, consigue la materialización efectiva, segura y rápida del acuerdo o la decisión tomada; por último, también se puede decir que existe un respeto a la autoridad de *cosa juzgada* en el sentido que, una vez llegado a un acuerdo o decisión final, este ya no requiere volver a ser planteado; la satisfacción o el sometimiento de las partes conduce contrariamente a desaparecer o extinguir el conflicto, lo que supone su efectivo cumplimiento dentro de sus relaciones familiares y comunitarias. Con ello no cabe duda que lo que hacen los comuneros aymaras frente a sus conflictos no es sino una labor jurisdiccional efectiva, lo que confirma la existencia del denominado poder judicial comunal aymara.

Cualquier iniciativa de reforma judicial de Estados como el peruano no puede dejar de contemplar la alternativa construida por los comuneros aymaras. Hasta el momento los proyectos de reforma judicial vigentes siguen observando el paradigma del monismo y la profesionalización de la justicia. La composición de módulos básicos de justicia, la promoción de centros de conciliación, entre otros proyectos, no dejan de desprenderse de dicho paradigma. Sin embargo, las demandas y las necesidades de poblaciones mayoritarias como la de los aymaras, los quechuas, los asháninkas, los shipibos, los aguarunas, los chayahuítas, entre la diversidad de pueblos latinoamericanos, continúan siendo grandes frente al alcance de los proyectos indicados. Para ello, el contexto de globalización y particularización, que aparece en la escena actual, ayuda a su consolidación.

Bibliografía

- ALBÓ, Javier, "Esposos, suegros y padrinos entre los aymaras", en Mayer (ed.), *Parentesco y matrimonio en los Andes*, Lima, PUCP, 1980.
- , "Algunas pistas antropológicas para un ordenamiento jurídico andino", en García Sayan (ed.) *Derechos humanos y servicios legales en zonas rurales de los países andinos*, Lima, CAJ, 1987.
- , *Raíces de América: el pueblo Aymara*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- BELAUNDE, Javier de, "Predecibilidad, eficacia e impacto social de las decisiones judiciales", en Poder Judicial, *Reforma Judicial*, Lima, OTPCI-PJ, 1997.
- BRAND, Hans Jürgen, *Justicia popular: nativos y campesinos*, Lima, Fundación F. Nauman, 1986.
- , *En nombre de la paz comunal: la justicia de paz en el Perú*, Lima, Fundación F. Nauman, 1990.
- CANAHUARE CRUZ, Timoteo, "Economía rural del distrito de Huancané", Puno, UNA, Tesis de Bachiller en Ingeniería Económica, 1983.
- CARTER, William, "El matrimonio de prueba en los Andes", en *Parentesco y matrimonio en los Andes*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, pp. 363-424.
- CARTER, William y Xavier ALBÓ, "La comunidad aymara: un mini-Estado en con-

- flicto", en Xabier Albó (Ed.), *Raíces de América: el pueblo Aymara*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- CRUZ, Bonifacio y otros, "Situación y demanda del Pueblo Aymara", en *Anuario indigenista*, Vol. XXXI, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1992, pp. 35-54.
- CHIBA, Masaji, Three dichotomies of law. An analytical scheme of legal culture, *Tokai Law Review*, No. 1, 1987.
- Comunidad de Calahuyo (1973-1999), Libros de Actas y Libro de Antecedentes, Huancané, documentos de la comunidad, no publicados.
- Comunidad de Titihue (1977-1992), Libros de Actas y Libro de Antecedentes, Huancané, documentos de la comunidad, no publicados.
- Comunidad de Tiquirini-Totería (1975-1992), Libros de Actas y Libro de Antecedentes, Huancané, documentos de la comunidad, no publicados.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970 (1ra. Ed. francesa, 1955).
- , *Las dos caras de Occidente*, Barcelona, ediciones Ariel, 1975.
- ESQUIT, Edgard y César OCHOA, (eds.) *El orden jurídico del pueblo maya, el respeto a la palabra*, Guatemala, Centro de Estudios de la Cultura, 1995.
- GRIFFITHS, John, "What is legal pluralism?", en *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1986.
- HELLER, Hermán, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987 (1ra. Ed. Alemana, 1933).
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología del derecho, ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú *Resultados definitivos de Censo de 1993*, PUNO, Lima, INEI, 1994a.
- , *Resultados definitivos a nivel provincial y distrital del Censo de 1993*, PUNO, Lima, INEI, 1994b.
- ITURRI HUARACHI, Gilda, "Lo individual y lo colectivo en la comunidad de Carata, perspectiva de acción del trabajo social", Puno, UNA, tesis de trabajo social, 1986.
- Liga agraria "24 de junio" de Huancané (1975-1999), Libro de Actas y actas sueltas, Huancané, documentos del gremio, no publicados.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Editorial Tecnos, 1983.
- LUQUE CHUQUIJA, Euclides, "Sistema de sucesión de la propiedad de la tierra, caso de la parcialidad de Santiaguillo-Huancané", Puno, tesis, Universidad Nacional del Altiplano, 1996.
- MAUSS, Marcel, "Ensayo sobre los dones. Razón y forma del cambio en las sociedades primitivas", en *Antropología y sociología*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971.
- MERRYMAN, John, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

- , *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Ministerio de Justicia, *Constitución Política del Perú de 1979*, Lima, Ministerio de Justicia, 1980.
- , *Constitución Política del Perú de 1993*, Lima, Ministerio de Justicia, 1994.
- OBANDO, Jorge, "Reforma del sector justicia", en *Gobernabilidad y desarrollo democrático en América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1997?
- PASARA, Luis, *Reforma agraria: derecho y conflicto*, Lima, Cedys, 1978.
- , (1979) "La Justicia de Paz", en *Derecho y sociedad*, Lima, El Virrey, edición de 1989.
- , (1982a) "El campesino frente a la legalidad", en *Derecho y sociedad*, Lima, El Virrey, edición de 1989.
- , *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, Cedys, 1982b.
- , "Perú: Administración de ¿Justicia?", en *La Administración de Justicia en América Latina*, Lima, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1984.
- PEASE G.Y., Franklin, "¿Por qué los andinos son acusados de litigiosos?", en *Los derechos culturales*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 1996.
- , *Los Incas*, 4ta. ed., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca "Lo que debo saber", Vol. 1, 1998.
- PEÑA JUMPA, Antonio, "Justicia comunal en las comunidades aymaras del sur andino, el caso de Calahuyo", Lima, PUCP, tesis de bachiller en derecho, 1991.
- , *Justicia comunal en los Andes del Perú, el caso de Calahuyo*, Lima, Fondo Editorial, PUCP, 1998.
- "Los castigos de la naturaleza como actos jurídicos y ecológicos", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, maestría de antropología, monografía, 1999.
- PLAZA, Orlando y Francke MARFIL, *Formas de dominio. Economía y comunidades campesinas*, 2da. ed., Lima, Desco, 1985.
- Poder judicial, *Reforma judicial: exposición del seminario taller*, Lima, Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional del Poder Judicial, 1997a.
- , *Acceso a la justicia*, Lima, Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional del Poder Judicial, 1997b.
- POSPOSIL, Leopold, *Anthropology and Law: A comparative Theory*, Nueva York, Evanston, San Francisco, Londres, Harper and Row Publisher, 1971.
- PRICE, Jorge y Ana Teresa REVILLA, *La administración de la justicia informal. Posibilidades de integración*, Lima, Fundación Bustamante de la Fuente, 1992.
- SÁEZ GARCÍA, Felipe, "La naturaleza de la reforma judicial en América Latina: consideraciones estratégicas", en *Reforma judicial en Latinoamérica: premisas para el cambio*, Bogotá, Corporación Excelencia de la Justicia, Edición Debate, Año II, Nro. 4, 1998.

- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991.
- , *La globalización del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 1998.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, D.F., El Colegio de México, Instituto Internacional de Derechos Humanos, 1988.
- TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Editorial Tecnos, 1964.
- TRAZEGNIES, Fernando de, "¿Hay un derecho pre-hispánico?", en revista *Jus Et Veritas*, Lima, PUCP, año III, No. 4, mayo de 1992.
- , *Posmodernidad y derecho*, Lima, ARA Editores, 1996.
- TREVES, Renato, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1988.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

Juzgado especial criminal de acceso a la justicia para la mujer víctima de la violencia*

MÔNICA DE MELO**

Introducción

La Constitución brasileña de 1988 significó un marco importante para la transición democrática nacional. Después de un periodo de veinte años de gobiernos militares, en 1984 hubo un expresivo movimiento en todo Brasil por las elecciones directas (“Diretas Já”)¹ que, aunque no salió victorioso, produjo frutos en los años siguientes con el nacimiento de asambleas, comités y movimientos de participación popular para la Constituyente.

A comienzos de 1985 surgió el Proyecto de Educación Popular Constituyente, hubo el lanzamiento del Movimiento Nacional para la Participación Popular en la Constituyente y la gente empezó a articularse para garantizar su participación en aquel proceso². Una conquista fundamental de las diversas organizaciones involucradas fueron las llamadas “enmiendas populares”, incluidas en el régimen interno de la Constituyente, cuya propuesta debía ser suscrita por al menos treinta mil electores en una lista organizada por un mínimo de tres entidades asociativas, legalmente constituidas³. Fueron propuestas más de cien enmiendas populares. Dicho régimen preveía la posibilidad de presentar sugerencias y audiencias públicas.

* Traducción al español de Ana María Urbina.

** Procuradora del Estado de São Paulo. Catedrática y profesora de derecho constitucional de la PUC/SP, miembro de la Comisión de la Mujer, abogada de la Orden de los Abogados de Brasil, sección São Paulo, coordinadora de la Oficina de los Derechos de la Mujer.

“Enmienda Dante de Oliveira”, votada el 25 de abril de 1984.

² Sobre todo el proceso de formación de las asambleas, los comités, los movimientos y la participación directa en el proceso constituyente, ver a Carlos Michiles *et al.*, *Ciudadano constituyente: la saga de las enmiendas populares*.

³ Según el artículo 24 del Régimen Interno de la Asamblea Constituyente.

Reflejos de ese proceso intensamente participativo atraviesan todo el texto de 1988 que consagra, en el Título I -“Principios fundamentales” y como fundamento del Estado brasileño, el de la democracia participativa: “Todo el poder emana del pueblo que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente en los términos de esta Constitución”.

En lo relacionado con el poder judicial, en el inciso I del artículo 98 se previó que la unión, el distrito federal, los territorios y los estados crearían:

I - Juzgados especiales provistos de magistrados –o de magistrados y civiles– competentes para la conciliación, el juicio y la ejecución de causas civiles de menor complejidad y de infracciones penales de menor potencial ofensivo, mediante los procedimientos oral y sumario permitidos en las hipótesis previstas por la ley, la transacción y el juicio de recursos por grupos de jueces de primer grado.

Al comentar los trabajos que antecedieron a la promulgación de la ley federal que vendría a crear los juzgados especiales criminales, Ada Pellegrini Grinover resalta que “también avanzaba la idea de la participación popular en la administración de justicia, respecto al principio democrático de involucrar al cuerpo social en la solución de los asuntos, lo que también sirve para quebrar el sistema cerrado y piramidal de la administración de justicia hecha exclusivamente por los órganos estatales”⁴.

Ese dispositivo constitucional consolidaba algunas pocas iniciativas voluntarias, existentes en los “juzgados de pequeñas causas”⁵ de los estados brasileños, determinando desde aquel momento en adelante la obligación de su creación y universalidad.

Esa nueva formulación del sistema judicial posibilitaría la simplificación de los procedimientos altamente burocratizados, lo mismo que la despenalización de algunas conductas, ya que la transacción era expresamente mencionada al igual que la ampliación del acceso a la justicia por grupos que hasta entonces resolvían sus conflictos al margen del sistema. Así, se pensaba en una forma de justicia más rápida y efectiva.

Luiz Flávio Gomes, en un artículo que antecedió a la creación de los juzgados especiales criminales resaltó que “el movimiento de modernización y agilización de la justicia criminal, especialmente en lo que concierne a las infracciones de menor potencial ofensivo, constituye una legítima preocupación internacional (ver los modernos códigos de Procedimiento penal de Italia, 1989; Portugal, 1987; Alemania, reforma de 1975, etc.).

⁴ Ada Pellegrini Grinover *et al.*, *Juzgados especiales criminales, comentarios a la Ley 9.099/95*, 3ª ed. rev. y actual., São Paulo, Editora Revista de los Tribunales, 1999, pág. 29.

⁵ Luiz Werneck Vianna *et al.*, *Lo judicial en la política y en las relaciones sociales en Brasil*, Río de Janeiro, Revan, 1999, págs. 167 en adelante. Traza un completo relato histórico que antecede a la obligatoriedad constitucional de creación de los juzgados especiales en Brasil.

Muchos juristas y parlamentarios nacionales, haciendo eco de tal movimiento, luchan hace años para que nuestra legislación sea impregnada por esas modificaciones legislativas desburocratizadas”⁶.

Después de la promulgación de la Ley federal 9.099/95 del 26 de septiembre de 1995, que creó el Juzgado Especial Criminal (Jecrim), la comunidad jurídica la recibió como símbolo de una revolución judicial que estaba en marcha. Luiz Vicente Cernicchiaro sintetiza aquel entusiasmo cuando afirma que la Ley 9.099/95 rompió con el proceso penal tradicional e inauguró un nuevo sistema. La mencionada ley no se restringió a introducir un procedimiento más, un mero rito. Al contrario, la Constitución de la república reunió otros principios propios para la “conciliación, el juicio y la ejecución de las infracciones penales de menor potencial ofensivo”⁷.

En ese contexto vale la pena mencionar a Luiz Werneck, que ve la democratización del acceso a la justicia como un ítem de la agenda igualitaria que se constituyó en uno de los fenómenos más evidentes de la nueva presencia del derecho en el mundo contemporáneo⁸.

La Ley 9.099/95 reglamenta no sólo a los Jecrim, sino también a los civiles. En la órbita de ese trabajo apenas si fue discutido el juzgado criminal y de qué forma ha contribuido o no a enfrentar la violencia contra a mujer, en especial la violencia doméstica. Es decir, dentro de ese contexto de búsqueda del acceso a la justicia y de la eficiencia del sistema judicial penal que buscaba por esa reforma, revelar en qué medida esos objetivos están alcanzándose cuando se trata de prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer.

En una sociedad en la que por lo menos la mitad de sus miembros tienen muchas veces los derechos apenas formalmente reconocidos, siendo víctimas constantes de discriminaciones y violencia, todavía hay que recorrer mucho.

En el plano jurídico nacional, la Constitución de 1988 significó un marco para los nuevos derechos de la mujer y para la ampliación de la ciudadanía, hecho que se debió principalmente a la articulación de las propias mujeres en la Asamblea Nacional Constituyente con la presentación de enmiendas populares que garantizaran la inclusión de los derechos de la mujer, permitiendo que el documento constitucional tuviera un perfil más igualitario.

La Constitución, como documento jurídico y político de las ciudadanas y los ciudadanos brasileños, buscó romper con un sistema legal fuerte y negativamente discriminatorio en relación con el género femenino.

⁶ “Proyecto de creación de los Juzgados Especiales Criminales”, en *Revista brasileña de ciencias criminales*, São Paulo, V. 3, No. 9, ene./mar. 1995, pág. 279.

⁷ “Ley 9.099 del 26 de septiembre de 1995 – algunas observaciones”, en *Revista brasileña de ciencias criminales*, São Paulo, V. 4, No. 13, ene./mar. 1996, pág. 121.

⁸ Luiz Werneck, *ob. cit.*, pág. 157. En ese capítulo el autor relata la experiencia de los juzgados especiales en diferentes contextos nacionales.

Así fue hecha constitucional, como fundamento de la república federativa del Brasil, la dignidad de la persona humana (no sólo del hombre o de la mujer), ya que uno de los objetivos fundamentales del país es la promoción del bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad ni cualquier otra forma de discriminación. Para reforzar aún más la Constitución de 1988, se prevé como derecho constitucional la igualdad de todos ante la ley sin distinción de ninguna naturaleza, y la igualdad de hombres y mujeres en derechos y obligaciones.

En cuanto al ejercicio del trabajo quedó prohibida la diferencia de salarios, del ejercicio de funciones y del criterio de admisión por motivos de sexo, edad, color o estado civil.

En el capítulo que trata de la familia, una vez más se destacó que los derechos y deberes deben ejercerse igualmente por el hombre y por la mujer, y que el Estado debe crear mecanismos para impedir la violencia doméstica y propiciar recursos educativos y científicos para el ejercicio del derecho a la planeación familiar, que es una libre decisión de la pareja.

En el plano de la protección internacional a los derechos humanos, en el cual Brasil también se inserta, la propia Constitución establece (§ 2º del artículo 5º) que los derechos y las garantías en ella expresados no excluyen otros provenientes del régimen y de los principios adoptados por ella, y de los tratados internacionales de los que Brasil sea parte.

Brasil ha ratificado dos tratados internacionales que tratan específicamente de los derechos de las mujeres: la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificado en 1984, y la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificado en 1995. Los tratados internacionales que Brasil ratifica, además de crear obligaciones ante la comunidad internacional, también originan obligaciones internas que producen nuevos derechos para las mujeres, las cuales pasan a contar con una última instancia internacional de decisión cuando todos los recursos disponibles en Brasil fallen en la realización de la justicia.

Por ello, ante la protección conferida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, actualmente es posible pedir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –por medio de denuncias y quejas– la intervención en lo que se refiere a la práctica de la violencia contra la mujer.

La protección de los derechos humanos dentro del sistema global (Organización de las Naciones Unidas-ONU) y el regional (Organización de los Estados Americanos-OEA) comprende un sistema general y un sistema especial de protección.

El presente trabajo hará énfasis en el sistema regional de protección (OEA) por conferir tratamiento especial a la violencia contra la mujer,

a través de la Convención de Belém do Pará, abordando su impacto en el derecho interno, sus implicaciones con relación a la Constitución Federal de 1998 y el nuevo camino jurídico a recorrer por todos los actores jurídicos después de la promulgación de la Ley 9.099/95.

Por eso, esta contribución se ciñe al área jurídica desde la cual puede ser posible, a través de abordajes innovadores que privilegien el contenido ético de la Constitución Federal de 1988 y de una interpretación que busque dar garantías de efectividad a la Constitución, iniciar la revolución de la inclusión. Es posible pensar en la dignidad de la persona humana (artículo 1, III, CF/88) para mujeres y hombres igualmente. Es posible exigir de los poderes públicos la implantación de derechos constitucionales que garanticen para la mujer una vida más igualitaria y libre de violencia.

De esa forma se estudiará la situación específica de la violencia que alcanza a las mujeres, a partir de dos ópticas jurídicas: la del derecho constitucional y la del derecho internacional de los derechos humanos de cara a la destacada actuación que tienen en la protección y defensa de los derechos de la mujer esas dos ramas del Derecho y al papel que ha desempeñado el Jecrim en esa problemática. En fin, de qué manera esa profunda reforma judicial ha repercutido en el acceso a la justicia de la mujer, víctima de violencia.

La violencia contra la mujer

La situación económica, social y cultural desigual que viven las mujeres es reconocida mundialmente. Cuanto más pobre es el país, peor es la situación de la mujer.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sostiene en su Informe del Desarrollo Humano de 1997, cuando por primera vez se introdujeron datos específicos sobre la condición de la mujer, que “ninguna sociedad trata a sus mujeres tan bien como a sus hombres”. El PNUD creó dos índices para medir las diferencias por género: el Índice de Desarrollo por Género (IDG) que toma en cuenta las diferencias de esperanza de vida, alfabetización, escolaridad y renta entre hombres y mujeres, y el Índice de Poder por Género (IPG) que mide el grado de participación de las mujeres en la fuerza de trabajo, en los cargos de dirección, en la política y en las profesiones técnicas⁹.

⁹ En Brasil hay una investigación de Lúcia Avelar en la que se trata la presencia de las mujeres en los canales de acceso al poder, o sea, en todas las posiciones ligadas directamente al sistema electoral y a las altas posiciones referentes a las estructuras burocrático-administrativas: ministeriales, judiciales, sindicales y partidistas, en las distintas agencias de representación de intereses, que merece ser consultada en la medida en que traza un interesante panorama de la exclusión de la mujer en estas estructuras y en un país todavía con falta de datos en este sentido. Ver Lúcia Avelar, *Mujeres en la élite política brasileña: canales de acceso al poder*, São Paulo, Fundación Konrad Adenauer, Serie Pesquisas, No. 6, 1996.

En la tabla del IDG, los países con un mejor Índice de Desarrollo Humano (IDH) presentan buenos indicadores también para las mujeres, aunque hay excepciones: por ejemplo, Irlanda cae doce posiciones en la tabla del IDH a la del IDG. Canadá acumula los títulos de campeón de desarrollo humano y por género.

Entre los 94 países clasificados por la ONU, Mauritania es aquel en que las mujeres tienen menos poder: apenas 0,7% de las curules del parlamento y 7,7% de los cargos ejecutivos; es también el país 127, colocado en un puesto que clasifica 146 países de acuerdo con el desarrollo humano por género.

En el IDH Brasil ocupa el lugar número sesenta. Cuando se trata del IDG, el país cae ocho posiciones¹⁰.

Es en virtud de esos y de otros datos que se justifica plenamente la adopción de protección internacional particularizada para la mujer, ya que asume con nitidez el perfil de grupo vulnerable dentro de la sociedad.

En el ámbito de los derechos humanos no es diferente y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue, dentro de las Convenciones de la ONU, la que más recibió reservas por parte de los países que la ratificaron¹¹.

No es otra la razón por la que en Viena, en 1993, a raíz de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, el movimiento de mujeres llevó como bandera de lucha: “los derechos de la mujer también son derechos humanos”, quedando consignado en la Declaración y el Programa de Acción de Viena (ítem 18) que “los derechos humanos de las mujeres y de

¹⁰ Datos extraídos del material publicado en el periódico *Folha de São Paulo* del 6 de julio de 1997, Caderno Mundo.

¹¹ Ver a este respecto a J. A. Lindgren Alves, *Los derechos humanos como tema global*, São Paulo; Perspectiva, 1994, pág. 57. Elizabeth A. H. Abi-Mershed y Denise L. Gilman, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su informe especial en derechos de la mujer: una nueva iniciativa para examinar el status de la mujer en las Américas”, en *Protección Internacional de los derechos humanos de las mujeres*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Cladem, 1997, pág. 173. Estas autoras observaron que los siete miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos están comisionados para representar colectivamente a todos los Estados miembros de la OEA y en los 37 años de creada, solamente tres mujeres fueron elegidas como miembros. En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1979, solamente una mujer ejerció como juez. Lauren Gilbert, “Balance del Informe Especial sobre la Mujer en la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos”, en *Protección internacional de los derechos humanos de las mujeres*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Cladem, 1997, pág. 177. Aquí se observa en el mismo sentido que la Comisión Interamericana de Mujeres, órgano responsable por el bienestar de la mujer dentro de la estructura de la OEA, desempeña un papel muy limitado, que se debe en parte al hecho de que no posee el mismo poder que la CIDH para recibir denuncias, conducir investigaciones, publicar informes y hacer recomendaciones a los Estados miembros, o aun, acompañar casos en la Corte Interamericana, lo que también es observado por Elizabeth A. H. Abi-Mershed y Denise L. Gilman, ob. cit., pág. 157.

las niñas son inalienables y constituyen parte integral e indivisible de los derechos humanos universales”.

Esa fue la primera vez que se reconoció en un foro internacional que los derechos de la mujer son derechos humanos¹².

Por esa razón es que también se renovó esa reflexión, a raíz del quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Al final, la violencia practicada contra la mujer es un dato incuestionable de la realidad mundial y la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer reconoce expresamente en su parte inicial que la violencia en la que viven muchas mujeres de las Américas, sin distinción de raza, religión, edad o cualquier otra condición, es una situación generalizada.

Dicha Convención se inserta en el sistema regional-especial¹³ en el cual la mujer está especialmente protegida. La OEA trajo una significativa colaboración para la protección jurídica de la mujer con la elaboración de la Convención¹⁴.

Este texto aborda puntos específicos de esa Convención¹⁵: verifica su ámbito de actuación, su grado de protección a las mujeres víctimas de violencia y su inserción en un universo mayor de protección expresado por

¹² Lauren Gilbert, ob. cit., pág. 177.

¹³ Ver sobre esto a Flavia Plovesan quien resalta que el “sistema especial de protección realza el proceso de especificación del sujeto de derecho, en el cual el sujeto pasa a ser visto en su especificidad y concreción (ej.: se protege a las mujeres, a la niñez, a los grupos étnicos minoritarios, a las víctimas de tortura, ...). Ya el sistema general de protección (ej.: pactos de la ONU de 1966) tienen por destinatario a toda persona concebida en su abstracción y generalidad (nadie, todos, ...). Vale decir, se hace insuficiente tratar al individuo de forma genérica, general y abstracta. Se hace necesaria la especificación del sujeto de derecho, que pasa a ser visto en su peculiaridad y particularidad. En esta óptica, determinados sujetos de derechos o determinadas violaciones del derecho exigen una respuesta específica, diferenciada. En este escenario, las mujeres deben ser vistas en las especificidades y peculiaridades de su condición social. Importa el respeto a la diferencia y a la diversidad, lo que les asegura un tratamiento especial”. Flavia Plovesan *Derechos de la mujer en la sociedad contemporánea*, mimeógrafo.

¹⁴ Es importante resaltar que la Convención de Belém do Pará existe porque la propia Organización de los Estados Americanos reconoció que la mujer vive sobre todo en una situación de violencia. Por lo tanto, se trata de la protección especial de un grupo vulnerable. Marlise Vinagre Silva señala que “aunque la violencia esté presente en la relación, sin ser un fenómeno de un único vector pero sí un fenómeno de doble mano, las prácticas violentas sobre todo de violencia física de la mujer con relación al hombre, no son muy comunes. Cuando éstas suceden generalmente la situación de tensión en la relación ya está en un nivel insoportable o ella agrede a su compañero para defenderse.” Ver Marlise Vinagre Silva, *Violencia contra la mujer: ¿quién mete la cucharada?*, São Paulo, Cortez, 1992, pág. 73.

¹⁵ El texto integral de la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer puede encontrarse, en portugués, en la obra *Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos*, publicada por el Centro de Estudios de la Procuraduría General del Estado en 1996, págs. 289-298.

las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas y de las otras convenciones de la OEA, bajo la óptica de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos.

Finalmente, se considera la relación de ese instrumento internacional de protección con la Constitución brasileña que trae una norma expresa (numeral 8° del artículo 226) respecto al deber del Estado de impedir la violencia doméstica y, a través del párrafo segundo del artículo 5 establece como derecho constitucional el “derecho de la mujer a una vida libre de violencia” (derecho expresado en la Convención).

La ausencia del Estado, en lo que atañe particularmente a la violencia doméstica, caracteriza una situación de inconstitucionalidad por omisión para la cual la propia Constitución ofrece correctivos. El Estado brasileño no tiene políticas públicas específicas de prevención, castigo y erradicación de la violencia doméstica, en las tres esferas del poder: ejecutiva, legislativa y judicial, ni cumple con las obligaciones internacionales que asumió al ratificar la Convención de Belém do Pará.

Convención de Belém do Pará

Hasta llegar a planteamientos jurídico-positivos sobre la violencia contra la mujer, sea por la convención o por la propia Constitución brasileña, una larga historia ya fue recorrida.

Al abordar ese largo recorrido histórico, es necesario retroceder a uno de los primeros documentos de protección de los derechos humanos, originado en la Revolución Francesa (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), que reporta la triste historia de Olimpe de Gouges, escritora que murió guillotizada el 3 de noviembre de 1793 por desear la igualdad política para las mujeres y los hombres en su célebre *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* (1791)¹⁶. Mientras tanto, se hará un acercamiento al pasado más próximo que posibilitó concretamente la edición de la Convención Interamericana.

La Convención fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994 y luego ratificada por Brasil el 27 de noviembre de 1995.

En lo que toca a la preocupación de los derechos de la mujer en la órbita de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, de forma particular se destaca la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (ONU-1979), la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (OEA-1994) –el objeto de este estudio– y la Declaración de Pekín (1995). Todos esos documentos tienen a la mujer como preocupación cen-

¹⁶ Zuleika Alambert, *Mujer: una trayectoria épica –esbozo histórico– de la antigüedad a nuestros días*, São Paulo, IMESP, 1997, pág. 79.

tral, como foco principal de protección, pues se constató a lo largo del tiempo la insuficiencia de la fórmula de la “igualdad entre todos” presente en los documentos generales iniciales, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU-1948) y repetida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA-1948).

La preocupación específica por la violencia contra la mujer mereció una Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993 (A/RES/48/104). En esa Declaración, la Asamblea General reconoció que la violencia contra la mujer era una manifestación de la desigualdad histórica de las relaciones de poder entre mujeres y hombres, en las cuales las mujeres eran especialmente vulnerables. Además, estableció que la violencia contra la mujer era un obstáculo para la implantación de la igualdad, el desarrollo y la paz¹⁷.

La Declaración ejemplifica algunas conductas que pueden ser comprendidas como violencia, y se refiere expresamente a la mutilación genital de la mujer y a otras prácticas tradicionales perjudiciales para la misma. Este es un punto importante que a menudo choca con la problemática de la relatividad cultural y que no fue mencionado por la Convención de Belém do Pará. En ese asunto específico, la Declaración avanza más en la protección de la mujer, determinando inclusive que los Estados no deben invocar cualquier costumbre, tradición o consideración religiosa para evitar sus obligaciones respecto a la eliminación de la violencia contra la mujer.

Las estudiosas estadounidenses de los derechos de la mujer, Elizabeth A. H. Abi-Mershed y Denise L. Gilman¹⁸, señalan que una área prioritaria en los derechos humanos es asegurar el derecho a que la mujer esté libre de todo tipo de violencia. Sólo hasta hace poco ha sido explorada la extensión en la violencia propia del género, especialmente cuando es perpetrada por actores privados, cayendo dentro de la competencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA), antes de la edición de la Convención de Belém do Pará, la precedieron algunos documentos importantes respecto de la violencia contra la mujer.

¹⁷ La versión íntegra del texto de la Declaración puede encontrarse en la obra *The United Nations and the advancement of women*, New York: The United Nations Department of Public Information, 1995 (The United Nations Blue Books Series, v. 6), págs. 459-462. J. A. Lindgren Alves aduce que la Declaración “es importante *inter alia* porque define esa modalidad específica de violencia y establece el compromiso –en verdad no jurídico– de los Estados y de la comunidad internacional por su eliminación. Con esa Declaración, y gracias en parte a la Conferencia de Viena, existe ahora una definición legal internacional para la violencia de género que, como se sabe, es una de las formas de violación de los derechos humanos más recurrente y acallada porque frecuentemente es practicada en el retiro del hogar y en los recintos de trabajo, y disimulada por las costumbres”. J. A. Lindgren, ob. cit., pág. 131.

¹⁸ Abi-Mershed y Gilman, ob. cit., pág. 162.

La Consulta Interamericana sobre la Mujer y la Violencia de 1990 y la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, aprobada en ese mismo año por la vigesimaquinta Asamblea de Delegadas y por la Resolución AG/RES 1128 (XXI-O/91), "Protección de la mujer contra la violencia", fueron documentos precursores en el área de la violencia contra la mujer aunque sin la misma fuerza jurídica del tratado internacional que fue el punto culminante de aquel proceso.

La Convención de Belém do Pará comienza por reconocer que la violencia contra la mujer constituye violación a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, y limita total o parcialmente a la mujer en el reconocimiento, el goce y el ejercicio de estos mismos derechos y libertades¹⁹.

La Convención define la violencia contra la mujer como cualquier acto o conducta basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en la esfera pública como en la esfera privada (artículo 1)²⁰.

De esa forma, la Convención reconoce expresamente que la violencia es un fenómeno que afecta a todas las esferas de vida de la mujer: la vida en familia, la escuela, el trabajo y la comunidad.

¹⁹ Como bien observan Elizabeth A. H. Abi-Mershed y Denise L. Gilman, la elaboración y la entrada en vigor de esa Convención es un avance destacable, siendo extremadamente valioso proporcionar una definición interamericana de violencia contra la mujer y al mismo tiempo especificar las obligaciones que tienen los Estados miembros de promover y proteger los derechos de las mujeres para estar libres de violencia. El desafío actual es la implantación y el cumplimiento de la misma (ibidem, pág. 166). Viviana Krsticevic también observa que la Convención define el término "violencia contra la mujer" de un modo muy generoso ver "La denuncia individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en Protección internacional de los derechos humanos de las mujeres. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Cladem, 1997, pág. 198.

²⁰ Es interesante anotar la percepción que tiene la propia mujer que es víctima de la violencia respecto de esta cuestión. Una investigación cualitativa, realizada por Sílvia Pimentel y Valéria Pandjarian, reveló que varias mujeres, al ser indagadas sobre la violencia doméstica, emitieron respuestas que pusieron a la empleada doméstica como una víctima de la misma. Aun sobre el concepto de violencia, según las autoras, es difícil clasificar cuándo un acto de agresión constituye este o aquel tipo de violencia. "Muchas veces lo que se puede decir es que se resalta más un aspecto u otro. Por ejemplo: toda agresión física es al mismo tiempo una agresión psicológica a la mujer, pues hiere su autoestima, lo que le acarrea graves consecuencias" (...) "Ya la más sutil y por ello la menos percibida forma de violencia tal vez sea la psicológica, que puede denominarse simbólica. Actúa en la víctima de una forma muchas veces capciosa, expresando la relación autoritaria de poder, implicando con frecuencia frustraciones, traumas e inhibiciones, así como la reproducción de este tipo de comportamiento por parte de aquellos que se someten a ella". Respecto de la violencia doméstica, concluyen las autoras, "importa registrar que prácticamente todas las manifestaciones parecen permitirnos la siguiente interpretación: existe una familiaridad/proximidad de las mujeres entrevistadas con el tema de la violencia doméstica y una percepción crítica al respecto". Ver Sílvia Pimentel y Valéria Pandjarian, *Percepciones de las mujeres con relación al derecho y a la justicia*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1996, pág. 30.

La definición adoptada por la Convención se reviste de significativa importancia al preocuparse por la violencia en la esfera privada, la llamada violencia doméstica, pues los agresores de las mujeres generalmente son parientes o personas próximas²¹. De esa forma la violación a los derechos humanos de la mujer, aunque ocurra en el ámbito de la familia o de la unidad doméstica, interesa a la sociedad, interesa al poder público²².

Al trabajar con los conceptos de violencia doméstica y violencia intrafamiliar, Heleieth Saffioti²³ parte de un paralelo que traza desde la organización de un gallinero: en él impera el "orden de los picotazos", el gallo más fuerte enfrenta a los rivales, domina a las gallinas y a la organización de las familias, igualmente basada en la fuerza, y en donde el hombre adulto es el "jefe de la casa", paga las cuentas y define el destino de la mujer y de los hijos, con lo cual traza distinciones interesantes para poder comprender la violencia doméstica. O sea, el territorio de cada gallo es demarcado geográficamente. Si una gallina huye, el gallo no la sigue pues ella deja de pertenecer a su territorio. Con los seres humanos el territorio es simbólico. Cuando hay una separación muchas veces el hombre persigue a la mujer puesto que para él la relación continúa existiendo –por lo menos simbólicamente– lo que puede llevarlo a actos caracterizados den-

²¹ Ver al respecto a Heleieth I. B. Saffioti y a Suely Souza de Almeida, *Violencia de género: poder e impotencia*, Río de Janeiro, Revinter, 1995, pág. 4. Hace cerca de diez años (1987), a raíz del aniversario anual de la implantación de las Delegaciones de Defensoría de la Mujer en el estado de São Paulo, fue realizado un análisis por las investigadoras Dora Feiguin y Eliana Blumer Trindade Bordini sobre los sucesos policiales ocurridos en este periodo. Ya en esa ocasión, las investigadoras concluyeron que "cada vez más se consolida la convicción de que es en el plano de las relaciones asimétricas de poder entre el hombre y la mujer que deben buscarse los fundamentos que producen y reproducen esa forma de violencia observada. A partir de esta óptica, vale decir que el modo por el cual la mujer se sujeta a los designios socioculturales dominantes, construidos a partir de la condición masculina, aclara por lo menos en sus razones generales la fenomenología de la violencia contra la mujer". La mayor parte de los sucesos registrados (71,3%) señaló a los maridos y a los compañeros de las víctimas –denominados ocurrencias domésticas– siendo las agresiones (39,7%) y los desacuerdos (31,5%) los que predominan en este tipo de relaciones. Merecen destacarse los hechos realizados por exmaridos y por excompañeros (10,1%) con predominio en estos de amenazas (51,0%) y agresiones (25,2%). Ver Dora Feiguin y Eliana Blumer "Reflexiones sobre la violencia contra la mujer", en revista *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, Fundação Seade, V. 1, No. 2, págs. 39-44.

²² Demostrar las pérdidas económicas que un país puede tener por tolerar la violencia doméstica puede tornarse en una estrategia útil en su combate por parte de los Estados. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha producido investigaciones en ese sentido. Un inventario divulgado en marzo de 1997 por el BID estima que los costos de la violencia en América Latina representan 14,2% del PIB de los países de la región, lo que significa cerca de US\$168 billones de dólares. Brasil es señalado como el país que más sufre con ese problema, pues pierde 10,5% de su PIB, lo que representa 84 billones de dólares anuales. El inventario hecho por el BID considera que la violencia doméstica incide sobre 25% a 50% de las mujeres latinoamericanas.

²³ "Violencia doméstica o la lógica del gallinero", en: Kupstas, Márcia (Org.), *Violencia doméstica en debate*, São Paulo: Moderna, Colección Debate en la Escuela, 1997, pág. 39.

tro de la violencia doméstica aunque sean practicados fuera de la residencia familiar. De esa forma, el territorio donde se da la violencia doméstica es un territorio simbólico. Ya la violencia intrafamiliar, que se da en razón de las relaciones de parentesco consanguíneo y/o afines, puede no caracterizarse como violencia doméstica por haber ocurrido fuera de aquel territorio simbólico.

La definición de la Convención es suficientemente amplia para comprender esa distinción, pues caracteriza la violencia doméstica como la violencia física, sexual y psicológica que ha ocurrido dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal en que el agresor convive o ha convivido en el mismo domicilio de la mujer.

Respecto a si la violencia doméstica es, o no una "cuestión menor", de la "órbita privada", Leila Linhares Barsted²⁴ menciona con mucha propiedad que

pensar que la violencia conyugal no amenaza el orden es olvidar que cuando un individuo está imbuido del papel justiciero al agredir o matar a su mujer porque ella dejó de hacer la comida, o no llegó temprano a la casa, en fin, resolvió desobedecerlo, ese individuo está difundiendo un modelo peligroso para el orden público. La poca importancia dada a los crímenes cometidos en el espacio doméstico puede llevar al entendimiento de que existe una ley privada, una ley interna a las familias, que permite que los padres castiguen a los hijos hasta la brutalidad y que los maridos y compañeros castiguen a sus mujeres porque ellas no correspondieron al papel de esposas o de madres tradicionales. Esos hombres que hacen y aplican esa ley privada son los famosos "justicieros"...

La mujer es habitual y doblemente penalizada en el ámbito de las relaciones domésticas: cuando se trata del reconocimiento y valorización del trabajo doméstico, éste se torna invisible y desprestigiado²⁵, empero cuando se trata de la violencia ocurrida dentro de ese mismo espacio, inmediatamente surgen las voces en defensa de ese espacio "sagrado", "infranqueable" por quien quiera que sea.

"¿Mitad víctimas, mitad cómplices? La violencia contra las mujeres en las relaciones conyugales", en: DORA, Denise Dourado (Org.), *Femenino-masculino: igualdad y diferencia en la justicia*, Porto Alegre, Sulina, 1997, págs. 73-84.

²⁵ Ana Elena Badilla destaca que una parte importante del trabajo que realizan las mujeres cotidianamente está relacionado con las actividades agrícolas y con el trabajo doméstico, pero en gran parte no es pagado o cuando lo es son sus maridos los que reciben la paga, de esa forma no es reconocido como trabajo por las mujeres ni por la sociedad. Aún, según la autora, esa invisibilidad tiene serias repercusiones en la normativa internacional y en las leyes de todos los países del mundo, ya que se legisla partiendo del presupuesto de que el trabajo agrícola es una actividad principalmente masculina y que el trabajo doméstico no es trabajo. Ver "La discriminación de género en la legislación centroamericana", en Estudios básicos de derechos humanos, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comisión de la Unión Europea, 1996, pág. 270.

Abi-Mershed y Gilman²⁶ identifican la frecuente ocurrencia de la violencia doméstica como una posible explicación al hecho de no tener muchos casos individuales relacionados con la violencia contra la mujer que se discutan en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ellas dicen que la violencia propia del género, contra la mujer, es usualmente efectuada por actores privados en lugar de agentes del Estado y generalmente ocurre en el contexto de la familia²⁷.

De esa forma fueron contempladas (artículo 2) tanto la violencia doméstica como la violencia ocurrida en el espacio público, es decir en la comunidad.

La violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y psicológica (artículo 2). La Convención hace referencia a algunas conductas específicas, dando así una redacción abierta y posibilitando la existencia de otras conductas no previstas. Así, al tratar sobre la violencia ocurrida en el ámbito de la familia o de la unidad doméstica se cita el estupro, los maltratos y el abuso sexual sin excluir "otras formas" (artículo 2 "a"). Al tratar sobre la violencia ocurrida en la comunidad se cita como ejemplo el estupro, el abuso sexual, la tortura, el tráfico de mujeres, la prostitución forzada, el secuestro y el acoso sexual en el local de trabajo, en las instituciones educativas, en los servicios educativos o en cualquier otro local sin que tampoco se excluyan "otras formas" (artículo 2 "b").

El derecho a una vida libre de violencia es un derecho fundamental de las mujeres en la esfera pública y privada (artículo 3).

La Convención establece que la mujer está protegida por los demás derechos previstos en todos los instrumentos regionales e internacionales relacionados con los derechos humanos (artículo 4), mencionando expresamente el derecho a que se respete su vida, integridad física, mental y moral; derecho a la libertad y a la seguridad personales; derecho a no ser sometida a tortura; derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y a que se proteja a su familia; derecho a igual protección ante la ley y por la ley²⁸; derecho al recurso simple y rápido ante un tribunal com-

²⁶ Abi-Mershed y Gilman, ob. cit., pág. 167.

²⁷ En el mismo sentido, observa Ana Helena Badilla, la violencia doméstica ocurre habitualmente dentro del hogar y la prueba de estos hechos se torna difícil y la palabra de la mujer tiene escasa credibilidad. Eso hace que pocas mujeres se atrevan a hacer denuncias y cuando las hacen, generalmente los agresores permanecen impunes. Además, persiste el mito en la mayoría de la población -y también entre los funcionarios públicos judiciales y administrativos- de que la violencia contra la mujer es un problema privado que debe resolverse en el contexto familiar, en el cual el Estado no debe intervenir. Y la influencia del estereotipo es tal que cuando una mujer es agredida en su hogar, las autoridades se niegan a intervenir, alegando que no pueden violar la propiedad privada. Con esto el sistema jurídico tolera, reproduce y legitima la violencia contra las mujeres. Ver Badilla, ob. cit., pág. 271.

²⁸ Esa Convención avanza al tratar la discriminación cuando prevé que el derecho de toda mujer a ser libre de violencia cubre, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de

petente que la proteja contra actos que violen sus derechos; derecho de libre asociación; derecho de profesar la propia religión y las propias creencias de acuerdo con la ley; y derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas del país y a participar en los asuntos públicos, inclusive en la toma de decisiones.

La Convención entiende que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (artículo 5), de tal forma que, paralelamente a la violencia física, sexual y psicológica, estaría ocurriendo una violación a aquellos derechos²⁹. De ahí la gravedad de la violencia contra la mujer que es capaz de lesionar varios bienes jurídicos, protegidos simultáneamente.

Deberes de los Estados-partes

La Convención confiere importantes responsabilidades a los Estados en la misión de proteger a la mujer de la violencia en el ámbito privado y público. El enfoque de la Convención es la prevención, castigo y erradicación de la violencia contra la mujer. Los Estados tienen que tomar medidas para prevenir la violencia, investigar diligentemente cualquier violación, determinar la responsabilidad de los violadores y asegurar la existencia de recursos adecuados y efectivos para la debida compensación a las víctimas de tales violaciones.

La Convención adoptó el sistema de los deberes exigibles de inmediato, previstos en el artículo séptimo, y de los deberes exigibles progresivamente, previstos en el artículo octavo.

Los deberes constantes del artículo octavo asumen el carácter de medidas programáticas para ser adoptadas paulatinamente, y se refieren en su mayor parte a medidas educativas. Son medidas preventivas, desti-

todas las formas de discriminación y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados y de prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (artículo 6).

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) divulgó los datos de una interesante investigación sobre la violencia contra la mujer, realizada en 1997 en las ciudades capitales de Santiago (Chile) y Managua (Nicaragua). Una de las conclusiones es que la mujer agredida física, psicológica o sexualmente por su compañero acostumbra a recibir un salario bastante inferior al de una trabajadora que no es víctima de ese tipo de violencia, es decir que la violencia doméstica empobrece a la mujer. Después de entrevistar a más de 300 mujeres pertenecientes a diversas clases sociales en cada una de las ciudades, los investigadores del BID concluyeron que 40% de las mujeres de Santiago y 52% de las de Managua habían sido víctimas de alguna agresión de sus compañeros en 1996. En Santiago, los salarios de las mujeres víctimas de agresiones serías correspondían en promedio apenas a 39% de los salarios del resto de trabajadoras. En Managua, el porcentaje obtenido fue de 57%. El motivo es que las mujeres agredidas tienden a ser menos productivas: faltan más al trabajo, tienen dificultades de concentración, baja estima, sufren de depresión y estrés, siendo constantemente perturbadas por sus compañeros en el local de trabajo. Esas mujeres también tienden a buscar más los servicios de salud, y un hogar violento repercute en el desempeño de los niños en la escuela. Ver *Folha de São Paulo* del 8 de febrero de 1998, Caderno Mundo, pág. 14.

nadas a evitar la violencia contra la mujer. Esas medidas, por su propia naturaleza, carecen de justicia inmediata ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del sistema de peticiones. Por lo tanto, deben referirse de manera obligatoria al sistema de protección realizado a través de los informes nacionales enviados a la Comisión Interamericana de Mujeres (artículo 10).

Mientras tanto, es necesario que los Estados miembros no puedan esconderse bajo el manto de la "progresión" para no hacer nada con relación a las medidas de carácter preventivo y educativo. Si no se da ningún paso en el sentido de la realización de esas medidas, no se puede hablar de una adopción progresiva, sino de una omisión total del Estado. Tal comportamiento no sólo puede sino que debe someterse a la Comisión de Derechos Humanos, según la forma del artículo 12, para declarar la omisión del Estado-parte en la implantación de la Convención.

Los deberes constantes del artículo séptimo son exigibles de inmediato, y existe la posibilidad de someter al Estado-parte a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del sistema de peticiones (artículo 12) cuando no son satisfechos por el Estado obligado. Esos deberes normalmente actúan para erradicar y castigar la violencia contra la mujer.

Al ratificar el pacto, los Estados se comprometen a adoptar por todos los medios apropiados, y sin demora, políticas destinadas a prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer (artículo 7).

Para ello se exige del propio Estado y de sus instituciones, autoridades, funcionarios y personal que se abstengan de actos y prácticas de violencia contra la mujer y actúen con celo para prevenir, investigar y castigar, estableciendo procedimientos jurídicos justos y eficaces para la mujer sujeta a violencia. Inclusive se habla, entre otras medidas, de protección del juicio oportuno y efectivo para el acceso a tales procesos, siendo que esos mecanismos judiciales y administrativos deben ser aptos para asegurar a la mujer víctima de la violencia el acceso efectivo a la restitución, reparación y otros medios de compensación justos y eficaces, exigiendo del agresor que se abstenga de perseguir, intimidar y amenazar a la mujer o de hacer uso de cualquier método que dañe o ponga en peligro su vida e integridad, o dañe su propiedad.

Otro punto que merece ser destacado subraya la necesidad del Estado de incorporar en su legislación interna normas penales, civiles, administrativas y otras que sean necesarias para prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer, así como modificar o revocar normas y prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia y la tolerancia de ese tipo de violencia. Es decir, es importante que la protección internacional se sume a la protección interna.

Hasta ahora las medidas exigidas por los Estados-partes se refieren básicamente al castigo y erradicación de la violencia contra la mujer.

Mientras tanto, también se exigen medidas preventivas, completando la triple unión de prevención-castigo-erradicación.

Al tratar sobre las medidas preventivas (artículo 8), la Convención dispone que los Estados-partes pacten la adopción progresiva de programas destinados a promover el conocimiento y el cumplimiento del derecho de la mujer a una vida libre de violencia con relación a sus derechos humanos; a modificar los patrones sociales y culturales de conducta de los hombres y las mujeres en todos los niveles del proceso educativo, con el fin de combatir los prejuicios y estereotipos; a promover la educación y el entrenamiento de todo el personal judicial y policial, y demás funcionarios responsables para la aplicación de la ley; a prestar servicios especializados apropiados para la mujer sujeta a violencia; a incentivar a los medios de comunicación para que formulen directrices adecuadas de divulgación que contribuyan a la erradicación de la violencia contra la mujer; a asegurar la investigación y la recolección de estadísticas y de otras informaciones relevantes concernientes a las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, entre otras medidas.

Dentro de la perspectiva de la igualdad y observada la diversidad, la Convención recomienda a los Estados-partes que consideren, en cumplimiento de sus deberes, las situaciones específicas de la mujer tomando en cuenta la situación de la mujer vulnerable a la violencia por su raza, origen étnico o condición de emigrante, de refugiada o de desplazada, entre otros motivos, y también considerando la violencia contra la mujer gestante, deficiente, menor, anciana o en situación socioeconómica desfavorable, afectada por situaciones de conflicto armado o de privación de la libertad.

Mecanismos de implantación

Los mecanismos de implantación de la Convención, que posibilitan la existencia de un sistema interamericano de protección son de dos naturalezas. El primero está integrado por un sistema de informes nacionales; o sea, los Estados-partes deben incluir en los informes enviados a la Comisión Interamericana de Mujeres, informaciones sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para prestar asistencia a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer (artículo 10).

El segundo sistema posibilita que cualquier persona o grupo de personas, o cualquier entidad no gubernamental, jurídicamente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, presente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones referentes a denuncias o quejas de violación del artículo séptimo de la Convención por un Estado-parte, debiendo la Comisión considerar tales peticiones de acuerdo con las normas y los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y Reglamento de la Comi-

sión Interamericana de Derechos Humanos para la presentación y consideración de peticiones (artículo 12).

Habría una discusión sobre la posibilidad de acceso a la Corte Interamericana en lo que toca a la Convención de Belém do Pará por no haber previsión expresa en el artículo 12 de la Convención, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en 1996 por la OEA, que en su artículo 13 (de redacción similar al artículo 12 de la Convención de Belém do Pará) previó expresamente la sumisión de sus procedimientos a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según Viviana Krsticevic³⁰, la cuestión estaría superada en la medida en que los deberes constantes del artículo 7 de la Convención constituyen una aplicación específica de las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención Interamericana. O sea, los deberes expresados en la Convención de Belém do Pará son resultados, son desdoblamientos específicos de los deberes constantes en la Convención Americana. Así, al procedimiento de las peticiones previstas por el artículo 12, se deben aplicar las condiciones y los mecanismos establecidos por la Convención Americana que son la regla general para todas las denuncias.

Hay todavía la posibilidad de solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹ una opinión sobre la interpretación de esa Convención. Solamente los Estados-partes en esa Convención y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueden hacerlo (artículo 11).

De lo expuesto, se puede resumir que la Convención trae, en su artículo 3, que "Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado".

La Convención entiende que la violencia contra la mujer cubre la violencia física, sexual y psicológica, y que una de las formas de violencia contra la mujer es la violencia ocurrida en el ámbito privado:

Artículo 2. Se entenderá que la violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica:

a) que haya ocurrido dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal en que el agresor conviva o haya convivido en el mismo domicilio que la mujer y comprende, entre otras, estupro, violación, maltratos y abuso sexual; (...)

³⁰ Krsticevic, ob. cit., pág. 201.

³¹ La ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, prevé la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Brasil, ya que está en proceso en el Congreso nacional. Entre tanto, esa posibilidad de acceso al parecer interpretativo está abierta a todos los países, inclusive a Brasil.

Quedó así establecida la existencia de la violencia doméstica en Brasil, cuando el país ratificó la Convención en 1995.

Y aquí se llega a uno de los puntos principales de ese trabajo que habla respecto del papel del Jecrim en la prevención, el castigo y la erradicación de la violencia contra la mujer, especialmente la violencia doméstica, traído por el tratado internacional del cual Brasil hace parte y que caracterizará la inconstitucionalidad por omisión del Estado brasileño.

Dispone el numeral 2 del artículo 5 de la CF/88 que:

Artículo 5. Todos son iguales ante la ley sin distinción de ninguna naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los términos siguientes:

(...)

Numeral 2. Los derechos y las garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte.

La pregunta que ahora se hace es si estaría el derecho a una vida libre de violencia, y en consecuencia a la violencia doméstica, en la Constitución por el numeral 2 del artículo 5 de la CF/88.

La naturaleza de las normas que ingresan en el sistema jurídico brasileño por la puerta del numeral 2 del artículo 5 ha generado alguna discusión por parte de los estudiosos del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. Se presentan por lo menos dos corrientes. Hay aquellos que a pesar de la redacción del numeral 2 del artículo 5 de la CF/88, continúan atribuyendo a las normas constantes de los tratados internacionales de derechos humanos la naturaleza de la norma infraconstitucional³², y hay aquellos que atribuyen a esas mismas normas el *status* de la norma constitucional³³.

La primera posición da más fuerza al artículo 102, III, "b" que confiere al supremo tribunal federal la competencia para juzgar el recurso extraordinario, resultante de la decisión que haya juzgado el tratado (internacional) como inconstitucional. También alegan que si los tratados internacionales tuvieran la misma jerarquía que las normas constitucionales, su procedimiento de incorporación no podría ser diferente de aquel previsto para la aprobación de la enmienda constitucional. En reciente juicio, el

Ver al respecto Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Derechos humanos fundamentales*, São Paulo; Saraiva, 1995, pág. 98; Alexandre Moraes (*Derechos humanos fundamentales*, São Paulo: Atlas, 1997, pág. 295).

³³ Ver a Flávia Piovesan, *Derechos humanos y el derecho constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pág. 82; y a Celso D. de Albuquerque Mello, *Derechos humanos y conflictos armados*, Río de Janeiro, Renovar, 1997, pág. 38.

supremo tribunal federal acabó dando precedencia a la Constitución federal en el caso del conflicto entre dos órdenes, señalando que los compromisos asumidos por Brasil en el tratado internacional de que sea parte no minimizan el concepto de soberanía del Estado-pueblo en la elaboración de su Constitución³⁴.

La segunda posición, a través de una interpretación sistemática de la Constitución federal, concluyó que hay primacía en el tratamiento dado por la CF/88 a los tratados internacionales que tratan de los derechos humanos. Así, esos tratados gozan en el orden jurídico brasileño de un tratamiento privilegiado. De esa forma, el artículo que confiere al Supremo Tribunal Federal poder de decisión sobre la constitucionalidad del tratado internacional (artículo 102, III, "b") no puede ser aplicado a los que tengan por objeto derechos humanos, los cuales según Flávia Piovesan, poseen "privilegio jerárquico" con relación a los demás tratados, lo que fue conferido por la Constitución por la materia de que tratan³⁵.

Esa posición de primacía de los derechos humanos está plenamente amparada por la actual Constitución que elige como fundamento de la república la dignidad de la persona humana (artículo 1, III) y la ciudadanía (artículo 1, II). Según esta, Brasil tiene que regirse en sus relaciones internacionales por la precedencia de los derechos humanos (artículo 4), y afirma que es objetivo fundamental de Brasil promover el bien de todos, erradicar la pobreza y la marginalidad y construir una sociedad justa, libre y solidaria (artículo 3, I, III y IV) y que invirtió el orden de presentación de los derechos fundamentales que pasaron a constar de los primeros artículos de la Constitución.

Por esas razones se entiende como más adecuada la teoría que atribuye a las normas constantes de los tratados de derechos humanos el *status* de norma constitucional. Es la interpretación que mejor atiende el espíritu y la letra del numeral 2 del artículo 5 de la CF/88.

Como resultado de esa naturaleza particular de los tratados internacionales de derechos humanos se haría necesario sólo un cambio constitucional en el sentido de armonizar su tratamiento. Habría necesidad de reservar los mecanismos normales de denuncia que funcionan para los demás tratados, y que no pueden aplicarse de la misma forma como a los tratados internacionales que disponen sobre los derechos humanos, bajo pena de no estar respetando su naturaleza de norma constitucional. En la medida en que esos derechos son constitucionales es del todo incoherente que la voluntad unilateral del poder ejecutivo pueda suprimirlos cuando la

Cf. Habeas Corpus No. 73.044-SP, relator ministro Mauricio Correa, juzgado el 19 de marzo de 1996 (DJU, de 20.9.96, pág. 34.534). Otro ejemplo de esa interpretación es el que se ve en el juicio de la ADIn No. 1.480-3 del Distrito Federal en que el Supremo Tribunal Federal apartó claramente la aplicación de la Convención 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

³⁵ Flávia Piovesan, *Derechos humanos y el derecho constitucional internacional*, pág. 94.

Constitución tiene prohibición expresa para que el propio Congreso nacional, que expresa la voluntad general, pueda hacerlo en lo que atañe a los derechos constitucionales formales.

En las relaciones internacionales, y como fin de verificación del derecho subjetivo en el ámbito internacional, los tratados internacionales contienen mecanismos de protección contra la separación inmediata de un Estado, y requieren de un plazo razonable para que el instrumento de denuncia surta efecto, siendo muy cierto que tal acto no excluirá al Estado parte del cumplimiento de las obligaciones resultantes del tratado durante su vigencia, ni puede ser utilizado como ardid para acarrear la suspensión del examen de denuncias de su violación³⁶.

De todo lo expuesto, se puede concluir que el derecho constitucional a una vida libre de violencia, y de violencia doméstica en particular, se reviste de naturaleza constitucional en razón del numeral 2 del artículo 5 de la CF/88, y la falta de regulación que afecta su efectividad configura la inconstitucionalidad por omisión de los poderes públicos.

Esa tesis está reforzada en la medida en que la propia Constitución federal de 1988 previó la participación del Estado en la erradicación de la violencia doméstica:

Artículo 226. La familia, base de la sociedad, tiene especial protección del Estado.

(...)

Numeral 8. El Estado asegurará la asistencia a la familia en la persona de cada uno de los que la integran, creando mecanismos para impedir la violencia en el ámbito de sus relaciones.

Es decir, la Constitución brasileña demuestra expresamente su preocupación por la violencia doméstica y la necesidad de la participación del Estado para impedirla. De ese artículo es posible extraer que en la Constitución está consagrado el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, especialmente en el ámbito privado.

El supremo tribunal federal inclusive reconoció ya que hay derechos fundamentales esparcidos por toda la Constitución, cuando reconoció como derecho constitucional individual, protegido por el numeral 4 del artículo 60, el principio de anterioridad tributaria³⁷.

El aviso previo de denuncia generalmente es de un año, como en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 78, 1) y de la Convención de Belém do Pará que dispone: "Artículo 24 - La presente Convención se fortalecerá indefinidamente, más que cualquiera de los Estados-partes podrá denunciarla mediante el depósito de un instrumento para ese fin en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Un año después de la fecha del depósito de instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, subsistiendo para los demás Estados-partes".

³⁷ ADIn n. 926/93, publicada en la LEX 189/60 y ADIn n. 937/93, publicada en la LEX 186/69.

¿Qué han hecho los poderes públicos para garantizar la eficacia plena de esos derechos constitucionales fundamentales?

La omisión inconstitucional brasileña

Como anotamos en el punto "Deberes de los Estados parte", Brasil como país suscriptor de la Convención está obligado internacionalmente a legislar para que se haga efectiva, en su totalidad, la Convención en la órbita interna.

Dentro de esa óptica, cuando Brasil no adopta una legislación capaz de prevenir, castigar y erradicar la violencia doméstica, está dejando de cumplir la norma internacional, lo que puede generar una reclamación internacional.

En el plano interno, es posible caracterizar la inconstitucionalidad por omisión, por la ausencia de normas reglamentarias, aptas para dar sentido y alcance efectivo y concreto a la norma constitucional que prevé el derecho de la mujer a una vida libre de violencia (artículo 3 de la Convención) y de la obligación del Estado de crear mecanismos para impedir la violencia doméstica (artículo 226, numeral 8 de la CF/88).

De esta forma, mientras no haya por parte de Brasil políticas públicas concretas de prevención, castigo y erradicación de la violencia doméstica, estará caracterizada la omisión inconstitucional y el deber de actuar del ejecutivo, el legislativo y el judicial.

En Brasil no existe una legislación específica que ampare la violencia doméstica. La violencia practicada contra la mujer es tomada por el Código Penal que regula genéricamente los ilícitos penales. Con la promulgación de la Ley 9.099/95, casi la totalidad de las agresiones practicadas contra las mujeres que se constituyen en crimen de lesión corporal fueron a desembocar en el Jecrim.

La mala aplicación o la aplicación distorsionada de la Ley 9.099/95 genera una gran insatisfacción en el movimiento de mujeres que ha buscado discutir y ofrecer algunas salidas para un problema que no fue pensado específicamente para ser resuelto por esa Ley.

Al analizar los juzgados especiales criminales en Río de Janeiro, Luiz Werneck destaca que

tal vez la mejor evidencia del nuevo papel ejercido por el poder judicial en ese proceso que lo aproxima de la población por medio de los juzgados especiales, está en la jurisdicción que viene administrando sobre la violencia doméstica, especialmente aquella ejercida sobre la mujer, significativamente mayoritaria en los hechos (54,4%). Se observa, discriminándose los tipos de hechos, que los casos de lesión corporal leve y de amenaza son llevados a los juzgados por iniciativa principalmente de las mujeres –respectivamente 62,9% y 63,5% de los casos– los cuales, antes de la Ley No. 9099/95, se limitaban a conocer de la inter-

vencción y las comisarías policiales en general estaban más dedicadas a seguir los crímenes de mayor potencial ofensivo y en la mejor de las posibilidades, la intervención de la Delegación Especial de Asistencia a la Mujer³⁸.

Las cifras antes expuestas, aunque incompletas y deficientes como alerta el propio autor, sirven para demostrar que la mitad del trabajo desempeñado por el Jecrim, al menos en el estado de Río de Janeiro, se refiere a la violencia doméstica.

Por eso, si uno de los objetivos de la Ley es garantizar el acceso a la justicia, se hace necesario evaluar el impacto de dicha Ley en esa coyuntura.

Juzgado Especial Criminal

El Juzgado Especial Criminal está formado por jueces magistrados, es decir, por jueces que hicieron un concurso público, que pueden actuar solos o junto con jueces civiles. Los jueces civiles, como el propio nombre lo dice, no necesitan de formación jurídica, sino que serían personas comunes de la sociedad, lo que aumentaría la participación popular en la justicia.

El Juzgado Especial Criminal tiene competencia, esto es, puede conciliar, juzgar y ejecutar las llamadas infracciones de menor potencial ofensivo. En algunas circunstancias se puede enviar el juicio del caso a la justicia común, como el hecho de que el acusado no sea encontrado para citación, debido a la complejidad del caso, o aun por haberse beneficiado de la transacción penal prevista en la ley dentro de un periodo de cinco años.

Pero, ¿qué son “infracciones penales de menor potencial ofensivo”? Son infracciones que la ley considera de menor gravedad y por esa razón se buscan otras soluciones para arreglar el conflicto, aunque no la privación de la libertad. Así la ley posibilita para esos casos la conciliación, los acuerdos y la reparación del daño. El criterio objetivo para clasificar un crimen como de menor potencial ofensivo es la pena prevista en la descripción del tipo, o sea, son de menor potencial ofensivo aquellos crímenes cuya pena máxima no sea superior a un año. También entran en esa categoría las contravenciones penales que son situaciones que, aunque no configuren crimen, hay la preocupación jurídica para evitarlas pues pueden facilitar o servir de medio para la ocurrencia de la situación criminal.

Entonces basta tomar el Código Penal y ver en la previsión de penas aquellos crímenes que tengan pena máxima no superior a un año. Esa lista incluye lesión corporal dolosa de naturaleza leve y culposa, amenaza, riña, constreñimiento ilegal, omisión de socorro, maltratos, violación de domicilio y de correspondencia, apropiación indebida, entre otros. Las contravenciones penales son todas (porte de armas, vías de hecho, perturbación del trabajo o del descanso ajeno, embriaguez, etc.).

³⁸ Luiz Werneck, ob. cit., pág. 213.

Sin sombra de duda, la razón que más lleva a la mujer a buscar una Delegación de Defensa de la Mujer (DDM) en el estado de São Paulo es la de las agresiones físicas y las amenazas. De un total de 33.094 crímenes contra la persona (que incluyen homicidio, calumnia, injuria, difamación, amenaza, violación de domicilio, de correspondencia, entre otros), 11.575 son lesiones corporales dolosas y 8.537 son amenazas, según datos de las delegaciones de la mujer de la región policial de la Gran São Paulo (1996).

¿Cómo se percibe que la violencia física es una de las modalidades de la violencia que más alcanza a la mujer y que muchas veces es practicada por alguien muy cercano: marido, novio, compañero etc., y desgraciadamente acaba haciendo parte de la cotidianidad, de un ciclo de violencia muy difícil de romperse?

Esas agresiones físicas que pueden dejar muchas marcas, reciben el nombre técnico dado por el Código Penal, de “lesión corporal”. La lesión corporal consiste en ofender la integridad corporal o la salud de alguien y pueden ser leves, de naturaleza grave, gravísima y hasta resultar en muerte.

El Juzgado Especial Criminal sólo atiende las lesiones corporales dolosas, esto es, con intención, de naturaleza leve y las lesiones culposas. Las lesiones corporales leves tienen pena de tres meses a un año. De otra parte, ocurre una lesión corporal culposa cuando no hay la intención de provocarla, o sea se origina en un accidente o por circunstancias ajenas a la voluntad de aquel que causó el daño.

¿Cómo diferenciar una lesión corporal de naturaleza leve de la grave y la gravísima? Las lesiones corporales de naturaleza grave son aquellas agresiones físicas que sacan a la mujer de sus tareas habituales por más de treinta días, constituyen peligro de vida, provocan la debilidad de un miembro de su cuerpo, sentido o función, o provocan aceleración del parto. En esos casos la pena es de uno a cinco años, por eso no se sujetan a los juzgados especiales criminales.

La lesión corporal gravísima es aquella que resulta en una incapacidad permanente para el trabajo, enfermedad incurable, pérdida o inutilización de un miembro, sentido o función, deformidad permanente o aborto. En esos casos la pena es de dos a ocho años.

Por último está la lesión corporal seguida de muerte que tiene una pena de cuatro a doce años y que tampoco es enjuiciada por el Juzgado.

Ese es un punto importante que debe pasar a ser trabajado por las delegaciones de policía que atienden esos casos, pues en virtud de esas diferencias con relación a la lesión corporal, se debe estar atento para que no ocurra una clasificación equivocada, pues como está visto no todas son juzgadas por el Juzgado Especial Criminal. Para eso debe hacerse un examen técnico llamado “examen del cuerpo del delito” en el Instituto Médico Legal. En el caso de que la mujer haya sido atendida antes por algún médi-

co, ella deberá guardar todas las prescripciones que le sean dadas, pedir un informe del estado en que se encontraba cuando fue atendida, guardar fotografías si las hay, pues también pueden servir de prueba en el proceso.

Pero sucede que no hubo, por lo menos en el estado de São Paulo, un entrenamiento adecuado de los órganos policiales encargados de hacer la primera atención de esas denuncias a través de la elaboración del “término circunstancial”.

En el Juzgado, el proceso debe atender algunos criterios pues la finalidad es prestar una atención rápida a las víctimas. De esa forma debe ser un proceso que privilegie la palabra, la informalidad, la economía procesal y la celeridad, concretando la reparación de los daños sufridos por la víctima y la aplicación de la pena que no sea de prisión.

Siguiendo con determinación esa nueva Ley, cuando la denuncia de violencia física es hecha en la delegación de policía se redacta un documento llamado “término circunstancial” en sustitución del Boletín de Hechos. En ese documento debe hacerse un relato detallado de lo ocurrido, con identificación del autor, de la víctima, nombre de posibles testigos, previéndose el requerimiento de exámenes periciales necesarios, el cual será llevado directamente al Juzgado.

En el Juzgado se hace una audiencia preliminar en la cual son oídos el agresor y la víctima que deben comparecer acompañados de sus abogados/as o en su defecto, deben solicitar al juez que nombre a un/a defensor/a público/a. Es un derecho ser asistida/o jurídicamente para estar muy bien informada/o de todas las consecuencias de la aplicación de esa ley. En esa audiencia el juez debe intentar la conciliación, esto es, debe buscar la reparación de los daños sufridos a través de una indemnización. En el caso de que haya un acuerdo, el proceso se cierra en ese mismo momento. En este caso, en los registros no constará nada sobre el agresor y en caso de que la agresión se repita habrá un nuevo acuerdo y una nueva indemnización, y así sucesivamente.

En el caso de que la mujer no esté de acuerdo con esa reparación civil, ella debe manifestar su voluntad de que el caso prosiga en cuanto crímenes que dependan de representación o de queja criminal. La representación es un término técnico para designar la voluntad de la víctima de que el proceso penal sea realizado, ya que la acción penal está condicionada a dicha representación. En los crímenes sujetos al Juzgado, esa representación puede hacerse verbalmente en la audiencia. En el caso de que no sea hecha en audiencia, la víctima podrá hacerla hasta seis meses después de saber quién es el autor de la infracción penal, o después de treinta días de la fecha en que sea notificada para hacerlo. Con la promulgación de la ley, los crímenes de lesión corporal pasaron a depender de esa representación.

La queja criminal es una petición necesaria para iniciar la acción penal privada, que depende a su vez de esa manifestación expresa de vo-

luntad. La ley del Jecrim permite que en sus procesos esa queja sea presentada verbalmente y transcrita en el local de la audiencia. Es lo que ocurre con los crímenes de injuria o de difamación que están sujetos al Jecrim.

Cuando haya acuerdo civil de reparación del daño por rechazo de las partes, y si la acción depende de la representación o de la queja criminal, la homologación y la aceptación del acuerdo implican la renuncia a continuar con el proceso, lo que significa que la mujer no podrá presentar la representación o la queja criminal una vez más.

Pero al haber acuerdo civil de reparación del daño y al ser un caso de acción que no depende de la manifestación de la parte para proseguir (acción penal pública incondicional), el ministerio público podrá continuar con el proceso, momento en el cual hará una propuesta de transacción penal para el agresor. El hecho de que el agresor haya reparado el daño civilmente (arrepentimiento posterior) será tomado en cuenta por el ministerio público en ese momento para proponer una pena menos grave, que consiste en la aplicación de la pena restrictiva de los derechos o de la multa. Nótese que no hay pena de privación de la libertad, es decir, de encarcelamiento en una prisión. Las penas restrictivas de los derechos consisten en la prestación de servicios a la comunidad o en limitaciones impuestas al agresor los fines de semana como no salir de la casa, volver en ciertos horarios etc., o aún más: limitación temporal de ciertos derechos como el de no conducir por cierto lapso. Para que esas penas sean aplicadas es necesario que el agresor establezca un acuerdo. En esa fase no importa ya más la voluntad de la víctima. Mientras tanto esa pena será registrada y si hay una nueva agresión, el agresor no podrá ser beneficiado nuevamente con ese tipo de castigo por un plazo de cinco años.

Esa Ley creó un nuevo procedimiento para esos crímenes, el cual pretende ser más ágil, informal y oral, facilita la conciliación y evita al máximo la aplicación de penas privativas de la libertad; además, facilita la reparación de los daños sufridos por la víctima. Con eso se espera que la justicia penal sea capaz de dar una respuesta más rápida y eficaz a la sociedad y a la persona que fue ofendida. Como se ve, la Ley tiene buenos propósitos y aspectos positivos.

En cuanto a lo que se refiere a la violencia practicada contra la mujer, la aplicación de la Ley ha dejado mucho que desear. Ha sucedido con bastante frecuencia que la condena del agresor se aplica al pago de canastas básicas para entidades asistenciales o de una pequeña multa en dinero, sin que eso tenga ninguna relación con lo ocurrido, haciendo banal la violencia sufrida por la mujer. La ley permite otras formas de pena que tengan carácter pedagógico y puedan servir para evitar nuevas agresiones. Nada impide que ese agresor preste servicios en hospitales que atiendan mujeres víctimas de la violencia, o en entidades que tengan programas de atención a la mujer.

Pero esto no es lo que ha ocurrido, y se observa claramente que dentro de esa nueva realidad, los operadores del derecho no están habilitados para actuar en los casos que involucran la violencia doméstica contra la mujer. De esa forma, sin que haya la debida capacitación de esos operadores, la Ley 9.099/95 no será un medio de acceso sino un obstáculo al acceso a la justicia para la mujer víctima de violencia.

En fin, es necesaria la participación efectiva y el compromiso del Estado y de la sociedad para que el círculo vicioso de violencia física sea roto.

Conclusión

Innumerables causas pueden apuntarse como factores generadores de violencia contra la mujer, principalmente en el ámbito familiar: la falta o inestabilidad en el empleo, la pobreza, las condiciones inadecuadas de vivienda, la promiscuidad que caracteriza a las viviendas pobres, etc. Pero es preciso resaltar una característica cultural, fruto de una sociedad marcadamente patriarcal, que establece formas absolutamente machistas.

Según María Angélica Fauné³⁹, las raíces de la violencia son más profundas y se encuentran en el machismo que está arraigado en la cultura centroamericana. Para el machismo, la violencia constituye un valor positivo, un componente central en la construcción de la identidad masculina cuyos atributos son la dureza, la fuerza, la agresividad. Esta violencia se inicia desde el matrimonio en el cual la unión es vivida como una relación entre poseedor (hombre) y poseída (mujer). Los hijos también son tratados como propiedad de los padres. El concepto de amor legitima los ejes y las exigencias de fidelidad. La imposibilidad de establecer relaciones equitativas dentro de la relación afectiva entre padre e hijos, entre madres e hijos, entre hermanos y hermanas, hace que la violencia sea un mecanismo de solución de los conflictos⁴⁰.

En virtud de ese componente cultural que no puede ser ignorado, es que se hace igualmente fundamental la acción educativa⁴¹. El problema

³⁹ "Transformaciones en las familias centroamericanas", en: Estudios básicos de derechos humanos. San José, IIDH, Comisión de la Unión Europea, V. 4, 1996, pág. 327.

⁴⁰ En el mismo sentido, Heleieth I. B. Saffioti y Suely de Souza Almeida observan que: "La violencia masculina contra la mujer se manifiesta en todas las sociedades falocéntricas. Como todas lo son, en mayor o menor medida se verifica entonces la omnipresencia de este fenómeno". Ver Heleieth Saffioti y Suely de Souza *Violencia de género: poder e impotencia*, pág. 4.

⁴¹ Acción educativa que construya una sociedad libre de los estereotipos que conducen a una relación de desigualdad. En ese sentido, se hace necesario que desde la educación básica haya la preocupación por la igualdad entre los géneros. Y paralelamente es necesario que todos los actores envueltos directa o indirectamente en las violaciones a los derechos de las mujeres tengan una capacitación específica para manejar esa cuestión. Marlise Vinagre Silva evidencia ese serio problema al relatar el tratamiento recibido por la mujer en la esfera policial: "Con relación a la violencia contra la mujer, se verifica en las comisarias convencionales una postura de frivolidad y omisión en la medida en que

de la violencia podrá ser minimizado solamente a través de políticas públicas efectivas en el campo de la educación. De esa forma, las medidas represivas y punitivas presentes en la Convención de Belém do Pará, sumadas a las constantes de la Constitución brasileña, adquieren significado si hay por parte de los Estados envueltos un compromiso eficaz con la prevención de la violencia contra la mujer.

Como se ve, el problema es complejo y envuelve medidas judiciales, administrativas, legislativas, económicas, sociales y culturales sin las cuales queda imposible dar un tratamiento global a ese serio problema.

En ese sentido, Norberto Bobbio⁴², afirma que el problema grave de este tiempo con relación a los derechos humanos no es más el de fundamentarlos, sino el de protegerlos.

En síntesis, de todo lo expuesto en este trabajo es posible extraer las siguientes conclusiones:

La violencia doméstica hace parte del derecho constitucional fundamental a una vida libre de violencia, introducido en el sistema constitucional brasileño a partir del numeral 2 del artículo 5 de la CF/88 por la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), ratificada por Brasil en 1995 y que encuentra eco en lo dispuesto por el artículo 226, numeral 8º de la Constitución.

Por tratarse de un derecho constitucional fundamental, es decir, de la norma constitucional, la ausencia de la reglamentación necesaria para

esta problemática es considerada como elemento "natural", presente en las relaciones entre los sexos que se concretan en la institución familiar. A pesar de que este fenómeno está previsto en la legislación como crimen, reina la complicidad y la impunidad que se expresan principalmente a través de la práctica discrecional policial de desmovilizar la capacidad de la mujer con el entorpecimiento jurídico de la violencia, con la exposición de la mujer a constreñimientos, cantaletas y culpabilidad de la mujer por la violencia vivida". Vinagre Silva, ob. cit., pág. 168). En el mismo sentido, con el enfoque en el poder judicial, ver la investigación emprendida por Jacqueline Hermann y Leila Linhares Barsted, que concluye que "cuando es la mujer la acusada del crimen, las tesis jurídicas usadas para su defensa son diferentes y actúan en el sentido de reforzar modelos estereotipados. En el caso que analizamos, la argumentación de la red fue la legítima defensa, procurando realzar la fragilidad e inferioridad física de la acusada. Tratándose de los hombres homicidas, este no acostumbra a ser el concepto de la defensa que se apega a la acusación y al juicio del comportamiento de la víctima para estructurar el argumento de la 'legítima defensa de la honra'. Por eso, el poder judicial ratifica papeles y jerarquías sociales que hablan respecto de la estructura política de las relaciones entre los sexos, sin demostrar en la práctica de sus decisiones la neutralidad que afirma caracterizar su actuación. En ese sentido se hace necesaria una discusión del proceso de formación de los profesionales del área jurídica para sensibilizarlos e integrarlos al amplio y necesario debate sobre las relaciones de género en nuestro país". Ver Jacqueline Hermann y Leila Linhares Barsted, *(Lo judicial y la violencia contra la mujer: el orden legal y el (des)orden familiar*, pág. 109.

⁴² *La era de los derechos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Río de Janeiro, Campus, 1992, pág. 25.

que sea efectiva caracterizaría un estado de inconstitucionalidad por omisión, con posibilidad de corrección por medio de los mecanismos constitucionales existentes.

La aplicación correcta y eficaz de la Ley 9.099/95 –que produjo una profunda reforma en el área judicial brasileña– debe llevarse a término considerando su aplicación mayoritaria en los casos que involucren la violencia contra la mujer, más específicamente la violencia doméstica.

Directrices del Banco Mundial para la reforma judicial de América Latina*

En nombre de la seguridad jurídica, del Estado de derecho y del fortalecimiento de la democracia está la continuidad de un paradigma determinado.

CRISTINA CARVALHO PACHECO**

Introducción

En la década de los ochenta e inicio de los años noventa, el mundo fue espectador de importantes alteraciones en la configuración política mundial con el fin de casi todos los regímenes autoritarios de América Latina y la desintegración casi completa del bloque socialista en Europa.

A pesar de las diferencias existentes entre las dos alteraciones hay que reconocer que estas propiciaron la expansión del neoliberalismo económico en cuanto ideología. Los términos de ese acuerdo, las reformas institucionales propuestas, tienen impacto directo en las instituciones político-jurídicas establecidas en el Estado moderno.

La reforma del poder judicial en los países latinoamericanos y del Caribe constituye una de las etapas que deben cumplirse por el acuerdo antes citado, elaborado por diversas agencias multilaterales dentro de las que sobresalen el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Ese programa se inició en 1989 con una reunión realizada entre diversos representantes de América Latina y del Caribe. El documento final logró el nombre de “Consenso de Washington”. Tal consenso fue sometido recientemente a una evaluación en la cual se buscó realzar la importancia que tienen las instituciones, entre ellas la justicia, para el cumplimiento de los objetivos establecidos en el pacto.

Traducción al español de Ana María Urbina.

** Bachiller en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil. Maestría del posgrado en Ciencias Políticas de la Universidad del Estado en Campinas (Unicamp), bajo la orientación del profesor Reginaldo Moraes. Becaria de la Fundación de Defensa de la Investigación del Estado de Sao Paulo (FAPESP). Investigadora del Centro Brasileiro de Estudos y Planeación (CEBRAP). Agradezco las sugerencias del profesor Sebastiao Velasco e Cruz del Departamento de Ciencias Políticas de la Unicamp.
Email: criscpacheco@hotmail.com

Ese trabajo está destinado a presentar las propuestas contenidas en el documento No. 280, publicado por el Banco Mundial y titulado "Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference". Dicho documento reunió los diversos trabajos presentados en una conferencia organizada por el Banco Mundial en junio de 1994, en Washington D.C., que contó con la presencia de distintos investigadores, juristas y ministros de esos países. De Brasil estaban presentes el juez José Renato Nalini –cuya participación se dio a través de la presentación de los aspectos más destacados de una reforma judicial en Brasil–, y como observadores estaban Antônio Carlos Alves Braga, corregidor general de justicia de Sao Paulo y el ministro Carlos Mário Velloso, actual presidente del Supremo Tribunal Federal¹.

La pretensión aquí es: 1) Exponer las directrices delineadas por el Banco Mundial para la reforma judicial en América Latina, tomando como base un documento editado por esa institución, y evidenciar cuál es la dimensión contenida en la propuesta elaborada. 2) Discriminar cuáles son los principales puntos que según el Banco necesitan reestructurarse, así como los puntos claramente excluidos de esa reforma, de modo que se sugieran interpretaciones plausibles sobre los objetivos de fondo de la reforma. 3) Subrayar especificidades del caso brasileño, examinando las expectativas que tiene el Banco para una implantación efectiva de esas reformas en el país.

La hipótesis central de este trabajo es que en la *función declarada* de las medidas están: a) la ampliación del acceso de la población a una justicia más rápida, veloz y ágil para la garantía final de los bienes jurídicos universales; b) una mayor previsión y uniformidad posibles de las decisiones judiciales, y c) la aplicación igualitaria de la ley –decisiones iguales para casos iguales– que garantiza esencialmente la seguridad jurídica y, por extensión, la justicia de las decisiones en ese contexto, la cual está contenida en una *función real*², inherente al sistema de justicia construido en los siglos XVIII y XIX, de protección selectiva de los bienes jurídicos, de aplicación desigual de la ley, de la ilusión que promueve la seguridad jurídica en las decisiones judiciales elaboradas.

O sea, la nueva apariencia que se alega necesaria en el sistema judicial latinoamericano que, como en las instituciones públicas de esa región, es débil al momento de ofrecer respuestas satisfactorias tanto por el au-

¹ Estaban presentes también delegados de las siguientes organizaciones no gubernamentales: Tinker Foundation, Center for Court y Center for Public Resources de los Estados Unidos; Centro Latinoamericano de Desarrollo del Ecuador y la Konrad Adenauer-Stiftung Foundation de Alemania.

² Las categorías "función declarada" y "función real", destacadas con *itálica* en el párrafo, articulan varias hipótesis presentadas a lo largo del documento. Por esa razón, el punto siguiente consistirá en la presentación de las bases a partir de las cuales se inicia el trabajo.

mento de la demanda del sector privado como para la comunidad pobre que clama por un mayor acceso a la justicia, con la pretensión de garantizar la continuidad de un modelo de funcionamiento de la institución que persiste hace más de dos siglos.

El texto se presenta en tres partes: una introductoria en la cual se explica el marco teórico que orienta y condiciona las formulaciones que se trabajarán a lo largo del texto. En la segunda parte serán puestos en contexto, algunos de los aspectos que cubren el proceso de reestructuración del Estado que tiene a la reforma judicial como uno de sus cambios. La tercera parte, la más extensa, será destinada a la exposición de las perspectivas de la reforma judicial propuesta por el Banco Mundial para América Latina y el Caribe: el objetivo principal de esa propuesta, el nuevo papel que desempeñará la rama judicial en América Latina, los puntos principales de la reforma, la importancia de las formas alternativas de solución de los conflictos, el cuestionamiento que se hace a la forma de reclutar y preparar a los que entran en la magistratura y, finalmente, la reforma de la enseñanza jurídica como elemento fundamental para la continuidad del proyecto. Al final se presentarán algunas reflexiones.

De la descripción del "paradigma de la modernidad" a las funciones, declarada y real, del moderno saber jurídico

En la introducción fue presentada la hipótesis central de este trabajo. Contenida en ella está la utilización de dos categorías introducidas en el Brasil por Andrade (1997) y que serán presentadas en esa tónica.

A partir de las categorías presentadas se tiene que las funciones declaradas consisten en las promesas que la dogmática jurídica oficializa, declarando; las funciones reales o latentes son aquellas no declaradas, contenidas en la dogmática jurídica –paradigma oficial del derecho brasileño, como se verá más adelante–.

A su vez, la dogmática jurídica consiste en la ciencia del derecho que tiene como objeto el derecho positivo en un espacio y tiempo dados, y por tarea metódica la construcción de un sistema de conceptos elaborados a partir de la interpretación de la norma según procedimientos lógico-formales de coherencia interna. Tiene por función racionalizar la aplicación del derecho y esa función sería la oficialmente declarada y perseguida por el paradigma de la modernidad. Si la dogmática cumple o no esa función es algo que será visto luego.

Andrade (1997: 26) definió dicha función como "función instrumental racional-garante". Tal definición parte de la matriz teórica a la cual la función está unida: el liberalismo que, al atribuir a la dogmática la función de servir como un instrumento racionalizador (es decir: preparador,

con pautas, programador y con prescripciones) de las decisiones judiciales, busca garantizar la aplicación igualitaria de la ley.

Otro aspecto importante de la función antes tratada se refiere a sus dos dimensiones: 1. "técnica" en la medida en que orienta, programa o prescribe las decisiones judiciales y 2. "humanista" pues ideológicamente está vinculada a la exigencia de la garantía de los derechos humanos individuales que confiere a aquella dimensión técnica un compromiso para dirigir decisiones igualitarias, seguras y además de eso, justas.

La propuesta del Banco Mundial recurre constantemente a estas dos dimensiones como se verá: la primera, a través de la adopción de nuevas técnicas de solución de los conflictos que, vinculada a la segunda, promete garantizar el ofrecimiento de una justicia más rápida y eficiente, inclusive para los excluidos y pobres.

El proyecto de la modernidad, de perfil sociocultural elaborado entre el siglo XVI y finales del siglo XVIII, apenas tuvo condiciones de materializarse a finales del siglo XVIII. Complejo, rico y sujeto a desarrollos contradictorios, traduce la dominación, la emancipación del capitalismo. Ambicioso por la cantidad de promesas que pretende cumplir tiene en su matriz la búsqueda, a través del desarrollo equilibrado, entre los pilares de la regulación y de la emancipación humanas³.

Teniendo en cuenta la presencia del Estado –como componente fundamental del pilar de la regulación de un lado– y el reconocimiento del hombre como sujeto de derechos –que culminó en la expresión máxima de los derechos humanos– en cuanto exigencia fundamental de pilar de la emancipación del otro, el proyecto de la modernidad se ha visto confrontado desde sus comienzos. Confrontado con la necesidad de equilibrar el poder del Estado centralizado con el poder (punitivo o no) del Estado moderno expresado, y disimulado al mismo tiempo, en límites y garantías atribuidos a los individuos en los principios constitucionales del Estado de derecho y de la ciencia del derecho de corte liberal.

La dogmática jurídica es uno de los "paradigmas científicos que integran el proyecto y la trayectoria de la modernidad en el marco cultural donde este se originó en el siglo XIX", (Andrade, 1997: 23), en Europa continental y en América Latina, donde posteriormente fue adoptado, permanece en vigor hasta el momento.

Dentro del proyecto de la modernidad, la dogmática jurídica tiene funciones cumplidas y no cumplidas en la medida en que la "modernidad

³ Se basa en dos pilares fundamentales: 1) El pilar de la reglamentación que está compuesto por tres principios –el principio del Estado, del mercado y de la comunidad–; 2) el pilar de la emancipación que está compuesto por tres lógicas racionales (racionalidad estético-expresiva del arte y la literatura, racionalidad moral práctica de la ética y del derecho, racionalidad cognitiva instrumental de la ciencia y de la técnica; esas tres racionalidades buscan orientar la vida del ciudadano–, y traduce las promesas de igualdad, fraternidad y libertad de la Revolución Francesa (de Souza Santos, 1995: 78-79).

dio a la ciencia y al derecho un lugar central en la instrumentación del progreso y de su proyecto emancipador" (Andrade, 1997: 25).

La dogmática jurídica promete garantizar con firmeza la solución de los conflictos, a través de la aplicación igualitaria de la ley y de la promoción de la seguridad jurídica en las decisiones judiciales (aplicar de forma igual la ley garantiza la seguridad jurídica en las decisiones judiciales, pues hay una relación intrínseca entre esas dos acciones-promesas).

Por eso, la seguridad jurídica es la idea que sintetiza las promesas de la dogmática ya que en nombre de ellas esa ciencia ha pretendido justificar históricamente la importancia de su existencia secular y de su ideal de ciencia. Sin embargo, lo que se tiene es una eficacia instrumental inversa a la prometida, acompañada de una eficacia simbólica de las promesas: la "ilusión" de la seguridad jurídica.

Si la promesa de la dogmática jurídica es la de convertirse en la ciencia instrumental de la justicia, eso ha ocurrido con una eficacia invertida. En vez de que la racionalización de las decisiones alcance la garantía de igualdad y seguridad jurídicas, la dogmática ha convergido hacia la racionalización de la eficacia simbólica, a la ilusión de seguridad jurídica y lo que en la concepción de Andrade es la "conexión funcional de la dogmática (penal) con la realidad social y su marcada vigencia histórica" (1997: 304).

Con eso se tiene que la dogmática cumple, y en este caso excesivamente, su función instrumental latente a través de la eficacia invertida y opuesta a la declarada, de la misma forma que lo hace cuando declara su eficacia simbólica no obstante su carencia empírica. Al hacer esto se desarrolla con éxito como ciencia de la legitimidad. El éxito –su "verdad" en suma– es verificado por la capacidad que tiene de mantenerse vigente por más de un siglo.

Quien garantiza su vigencia por un periodo tan largo es la comunidad científica. Al "hacer uso" de la comunidad científica, la dogmática jurídica permite hacer referencia de otras dos funciones importantes: la primera es la función racional de las decisiones legislativas que la sitúa como base para la creación o reforma de las leyes del poder legislativo; la segunda es su función pedagógica, aunque no declarada, de formación de los ejecutores del derecho, como fuente dominante de la educación jurídica en los cursos del grado en derecho.

Jueces, magistrados de la audiencia, promotores de justicia, abogados, profesores y operadores jurídicos en general cumplen la dogmática en la medida en que esta se constituye en un instrumental conceptual, adoptado por ellos. El poder judicial, junto con las facultades de derecho y al lado del poder legislativo, se constituyen en las instituciones que sustentan la reproducción de ese saber⁴.

⁴ La propuesta del Banco Mundial retoma la reestructuración de la rama judicial en las dimensiones institucional y pedagógica. Se preocupa por la disminución de los costos y el aumento de la eficiencia en la producción de las decisiones para que se haga rápida,

Hecha la exposición de algunas notas previas a una propuesta teórica mucho más compleja⁵, tal vez sea posible afirmar con una cierta dosis de pretensión que es en ese camino que se muestra la propuesta del Banco Mundial.

En la reformulación del Estado, sentando sus bases en parámetros de naturaleza neoliberal, la reformulación institucional propuesta implica garantizar la continuidad de un paradigma que se perpetúa por más de un siglo. En nombre del fortalecimiento del régimen democrático dirige sus propuestas hacia una parte específica de los sujetos de derecho y con eso se vuelve hacia un tipo específico de justicia que garantiza el desarrollo de un modelo económico determinado en la región.

Aspectos generales del proceso de implantación de las reformas liberales en Brasil

En un encuentro organizado en noviembre de 1989 por el Institute for International Economics, en Washington, distintas autoridades del gobierno norteamericano y de los organismos multilaterales de fomento –FMI, BM y BID–, además de economistas de América Latina se reunieron con el objetivo de evaluar las reformas económicas emprendidas por los países latinoamericanos.

Las conclusiones de esa reunión fueron denominadas informalmente como “Consenso de Washington”. En ellas consta un conjunto de reformas consideradas necesarias para la consolidación del ajuste de las economías de la región que se encontraban sometidas a una crisis durante casi toda la década de los ochenta.

De una forma bien sucinta, las medidas de política económica propuestas en esa reunión y que componen el recetario de Washington para que los países deudores que demandan nuevos créditos restablezcan su equilibrio económico, pueden agruparse en tres categorías:

1. Equilibrio de las cuentas públicas, obtenido a través de la reducción de los gastos y no a través de impuestos, que no afecte sectores como la salud y la educación, y sin empresas públicas ni sectores privados.
2. Liberalización de la economía por medio de la apertura comercial y la desregulación, por lo tanto la reducción del control del Estado en el sector privado, eliminando la discriminación al capital extranjero.

ágil y eficiente (resta indagar para qué y para quién). Esa rapidez y eficiencia es para que se pongan en práctica las nuevas formas de solución de conflictos y preparar a jueces, magistrados de la audiencia, abogados, para que las adopten. De otra parte, el futuro de esa generación necesita también estar preparado para esa nueva rama judicial. La propuesta también se refiere así a la enseñanza jurídica.

⁵ Dicha propuesta teórica está expuesta en Andrade (1997).

3. Finalmente, la privatización de las empresas públicas, transfiriendo al sector privado las empresas del Estado y auxiliando, en corto plazo, el equilibrio de las cuentas públicas.

Contenida en las etapas antes mencionadas está la adopción de un proyecto político-económico de carácter neoliberal que está siendo implantado a través de estrategias predefinidas y que tuvo, en el caso brasileño, su eficacia condicionada al cumplimiento de determinados requisitos tales como su ejecución en un momento exacto, por el grupo económico exacto y con el debido apoyo político.

Fiori (1995: 5) expone tres situaciones con las que se encuadra lo que sería el “momento más adecuado” para la implantación de tales políticas: cuando el país está sumergido en una gran catástrofe, tanto en una guerra como en una hiperinflación, que logran minar toda o cualquier resistencia; cuando los *technopools* logran confrontarse con una oposición desacreditada o desorganizada; cuando además de esto los *technopools* disponen de un liderazgo fuerte, capaz de aislarlos de las demandas sociales⁶.

Con esto se quiere resaltar, primero, que hasta 1990 los gobiernos brasileños no habían adoptado de forma tan deliberada las directrices propuestas por el Banco Mundial⁷, siendo Fernando Collor de Mello el primero⁸ en institucionalizarlas al poner en funcionamiento el Programa Nacional de Desestatización (PND- Ley No. 8.041/90) que estableció las directrices generales de venta de empresas públicas. El segundo fue Fernando Henrique Cardoso cuando implantó el Plan Real, siendo todavía ministro de economía del gobierno de Itamar Franco, constituyendo así un liderazgo energético, capaz de minar las fuerzas de una oposición fuerte y haciendo referencia al momento exacto.

Por esa razón es que Fiori defiende la tesis de que Fernando Henrique Cardoso es quien fue “preparando” el Plan Real y no que el Plan Real fue proyectado para que Fernando Henrique Cardoso venciera en las elecciones.

El programa de implantación del proyecto neoliberal, dentro del cual están insertadas las etapas del “Consenso de Washington”, fue dividido en tres fases:

⁶ Algo familiar si se recuerda un Brasil que ya alcanzó índices alarmantes de inflación: ¡59% en 1986, 395% en 1987, 993% en 1988 y 1862% en 1989! Y hay más: 1585% en 1990, una caída significativa en 1991 a 445%, 1149% en 1992 y 2244% en 1993. (Datos sacados de Mainwaring; 1994, págs. 19-21).

⁷ Aunque la reunión fuera realizada en 1989, ese proyecto ya estaba siendo elaborado hacia algún tiempo tanto en los países desarrollados como en los en vías de desarrollo. En América Latina, el Chile de 1973 fue el primer país en adoptar las directrices del programa neoliberal.

⁸ Vale resaltar que el presidente Joao Baptista Figueiredo (presidió el país durante el régimen militar) realizó algunas privatizaciones durante su gobierno. Vendió cerca de veinte empresas estatales, entre las cuales se encuentran Riocel, América Fabril y la Compañía Química Recôncavo, por un total de 190 millones de dólares (Mameluque, 1995: 17).

- a. la primera, consagrada a la estabilización macroeconómica, tiene como prioridad absoluta un superávit fiscal primario que cubra invariablemente la revisión de las relaciones fiscales intergubernamentales y la reestructuración de los sistemas de previsión pública;
- b. la segunda está dedicada a lo que el Banco Mundial ha llamado "reformas estructurales" como la liberalización financiera y comercial, la desregulación de los mercados y la privatización de las empresas estatales;
- c. y la tercera etapa es definida como la recuperación de las inversiones y del crecimiento económico (Fiori, 1995: 4).

En este trabajo no se pretende de analizar la implantación de tales políticas desde el punto de vista económico. Se pretende estudiar las políticas desarrolladas bajo una perspectiva político-institucional. De esa forma, no hay intención de desarrollar aquí los elementos que explican los orígenes del neoliberalismo, sino las propuestas que ese proyecto destina a la rama judicial brasileña.

Algunos años después de la reunión hecha en Washington, más exactamente en 1997, el Banco Mundial promovió una evaluación de ese pacto en un evento realizado en Montevideo⁹. Las conclusiones de esa evaluación indican que con excepción al derecho de propiedad, el mayor problema del consenso fue ignorar que para la realización de tales reformas es fundamental el papel de las instituciones.

La expectativa del consenso era alcanzar la estabilidad macroeconómica, dismantelar el modelo proteccionista de desarrollo con la implantación de las denominadas "reformas de primera generación" en la pretensión de que provocaran tasas de crecimiento económico, además de reducir significativamente la pobreza y la desigualdad sociales. También tenía la intención de que las medidas adoptadas promovieran el desarrollo del mercado de trabajo. Sin embargo, eso no ocurrió.

Aunque tales medidas hayan provocado un relativo declive en las tasas de pobreza, los analistas lo atribuyeron a la caída de la inflación y a las modestas tasas de crecimiento. Para que las expectativas fueran alcanzadas, el Banco Mundial concluyó que los países necesitan centralizar su acción en las siguientes cuestiones: mejorar la calidad de las inversiones en el desarrollo humano, promover el desarrollo de mercados financieros sólidos y eficientes realizando el medio legal y regulador (con un énfasis importante en la desregulación del mercado de trabajo y en la mejoría de la regulación de la inversión en los sectores privados, en la infraestructura y en los servicios sociales); mejorar la calidad del servicio público (inclusive

⁹ Las informaciones sobre la reunión pueden encontrarse en el libro *The Long March* cuya referencia se halla en Burki, 1998, pág. 1.

el de la rama judicial) y promover la consolidación de la estabilidad macroeconómica por medio del fortalecimiento fiscal.

Se pretende hacer esto a través de la transformación de algunas instituciones clave que desempeñan un papel importante dentro del Estado. Pero, ¿por qué modificar las instituciones?¹⁰ Puesto que ya modificadas, ellas pueden contribuir de forma crucial a acelerar el desarrollo social y económico de la región. Sin la creación de instituciones adecuadas, los potenciales beneficios traídos por la globalización en términos de alto crecimiento y tasas de inversión puede ser que no se materialicen o que se queden concentrados, acentuándolas, en vez de provocar la disminución en las tasas de desigualdad y en las tensiones sociales.

Así, la reforma se daría en cuatro sectores clave: financiero, educativo, en la administración pública y en la rama judicial. Este trabajo se detendrá sólo en la última parte.

Hechas las consideraciones iniciales acerca del contexto de elaboración de la reforma de la rama judicial propuesta por el Banco Mundial, el siguiente punto estará destinado a exponer de una forma más detallada los motivos que sustentan la elaboración de la reforma así como los principales elementos que serán modificados.

La reforma de la rama judicial propuesta por el Banco Mundial

La reforma de la rama judicial es vista por los analistas como necesaria debido a la siguiente razón: el sector privado tuvo un aumento significativo en su demanda por una rama judicial más segura y eficiente, al mismo tiempo que la comunidad más empobrecida y los excluidos claman por un mayor acceso a la justicia. Además de esto, la comunidad internacional necesita también de reformas que promuevan ramas judiciales independientes y transparentes de tal forma que garanticen la protección efectiva de los derechos humanos. (Burki, 1998: 6).

Con ese argumento el Banco Mundial inicia la articulación de las propuestas de reforma a la rama judicial¹¹ en el libro *Beyond the Washing-*

¹⁰ Parten de la nueva institución económica, sobre todo de la diferencia entre instituciones y organizaciones que las definen de la siguiente forma: "las instituciones" son reglas que moldean el comportamiento de las organizaciones y de los individuos en una sociedad; pueden ser formales (Constitución, leyes, reglamentos, contratos, procedimientos internos), o informales (valores y normas). "Las organizaciones" constituyen un conjunto de actores que colectivamente poseen objetivos comunes. (Burki, 1998: 2).

¹¹ Aunque se estén presentando las evaluaciones del Banco Mundial para las reformas estructurales –basándose en el libro *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matters*– (Burki, 1998), la conferencia sobre la rama judicial en América Latina y en el Caribe se realizó en 1994. Es decir, el Banco Mundial ya estaba evaluando la posibilidad de realizar reformas estructurales desde hacía algún tiempo.

ton Consensus: Institutions Matter. Para eso destaca primero los factores que dificultan la implantación de cambios en un campo como el de la justicia para que luego de que aquellos sean identificados y debidamente saneados, sean introducidos los cambios necesarios.

Dichas dificultades serían (Burki, 1998: 109-119): la propia naturaleza del sector, el comportamiento y lenguaje herméticos que requieren un cierto grado de especialización para comprenderlos, la falta de utilización de nuevas técnicas y tecnologías que promuevan la automatización del sector primando de un lado la eficiencia en la producción de datos que permitan evaluar su producción y, de otro, la mejoría en la calidad administrativa de las cortes. Cada una de las dificultades será vista con más detalles a continuación.

El primer factor que funciona como obstáculo para la realización de la reforma es la propia naturaleza del sector (Burki, 1998: 109). En general, las instituciones son aisladas a corto plazo de las alteraciones que ocurren en las preferencias sociales y del poder relativo de los grupos sociales de base popular. Buscan tomar decisiones judiciales basadas en principios legales neutros y no en el favoritismo de una de las partes o de los hechos que envuelven la disputa. Tienen sus propias reglas –formales e informales– de operación.

Otro obstáculo es el grado de especialización del derecho y del proceso judicial en los diversos sistemas (Burki, 1998: 109). Para insertarse en ese sector es necesario poseer formación en el área: ser graduado en derecho, practicar la abogacía o pertenecer a la academia. Los miembros integrados en esa comunidad son los que controlan el conocimiento sobre el derecho, funcionando casi como un monopolio. En cierta medida tienen la pretensión de mantenerse en esas condiciones, haciendo difícil el acceso de “extraños” al medio¹².

Además de lo que ya se ha expuesto hay otras dificultades de diferente naturaleza que contribuyen a la implantación de la reforma: la falta de adopción de nuevas tecnologías o de nuevas técnicas de gerencia en la administración de las cortes (Burki, 1998: 110). En el campo tecnológico, los equipos son anticuados y sólo recientemente se han adoptado métodos eficientes de compilación de datos. En el campo administrativo, la cuestión será desarrollada en el ítem “Descentralización de la administración judicial”. Además de todo esto se debe añadir el alto grado de corrupción, los excesos de formalismo y las decisiones dotadas de un cierto sectarismo.

En la última década, los países ya han provocado algunas transformaciones que vienen contribuyendo a una relativa mejora en la estructura de ese sector. Diversos países crearon consejos de magistratura que

¹² Lo que tal vez explique la relativa escasez de investigaciones dirigidas al poder judicial en las ciencias políticas.

funcionan como órganos de control y gerencia del sistema jurídico en el ámbito nacional, y otros tantos están considerando la posibilidad de crearlos.

La propuesta del Banco Mundial es que el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) actúe como órgano de control administrativo sobre los demás tribunales. En Brasil, la discusión sobre el asunto ha suscitado opiniones diferentes de diversos sectores que coadyuvan a la dificultad mencionada antes sobre el carácter hermético del sector. Los ministros presidentes del Supremo Tribunal Federal (STF), Carlos Velloso, del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), Antônio de Pádua Ribeiro y los magistrados del Colegio de Corregidores Generales –órgano que añade los 27 tribunales de justicia federales y el del Distrito Federal–, están contra la creación de un control “externo” de la rama judicial.

Los magistrados ven la inclusión de miembros que no son originados en la magistratura del CNJ (Ministerio Público, abogacía y miembros de la sociedad civil, indicados por el Legislativo) como una grave amenaza a la autonomía de los jueces. También comparten esa posición los ministros del STF y del TSJ para quienes los miembros del ministerio público deberían ser excluidos del Consejo porque su papel es fiscalizar la ley y la Constitución. A favor de la implantación de tal órgano están el presidente del senado, Antônio Carlos Magalhaes y la Orden de los Abogados del Brasil (OAB) en la figura de su presidente, Reginaldo de Castro¹³.

La propuesta de enmienda constitucional No. 96-C/92, aprobada recientemente en Brasil¹⁴, define el CNJ como uno de los órganos del poder judicial (Art. 92, I-a) que estará formado por quince miembros con edades entre 35 y 65 años. Tendrán un mandato de dos años, admitida una reelección. Esa composición será hecha de la siguiente manera (Art. 103¹⁵):

¹³ Las posiciones fueron sacadas del informativo electrónico enviado por la OAB/Sao Paulo, denominado Clipping Jur, y entregado por el sitio www.oabsp.org.br. Ver los siguientes informes: “Carlos Velloso rebate opinión de los que están contra la independencia del poder judicial”. Fuente: STF. 30/07/99; 2. “Presidente del TSJ defiende reforma, pero se opone al control externo”. Fuente: TSJ. 13/08/99; 3. “Magistrados/ Colegio de Corregidores defienden aprobación inmediata de la reforma del poder judicial”. Fuente: TSJ. 26/08/99; 4. “ACM defiende control externo del poder judicial”. Fuente: Senado Federal. 14/09/99; 5. “Avance en la reforma del poder judicial-Evaluación de la OAB/SP”. Fuente: Asesoría de prensa de la OAB/SP. 16/09/99.

¹⁴ El sustitutivo de la diputada federal Zulaiê Cobra fue aprobado en segunda vuelta en el Congreso nacional, el día 1 de junio de 2000. Las informaciones fueron extraídas del sitio www.oabsp.org.br, basándose en el siguiente informe: Reforma del poder judicial es aprobada en segunda vuelta. Fuente: Cámara Federal. 01/06/00.

¹⁵ Después de nombrar a los miembros que componen el CNJ, el artículo define: “1. El Consejo será presidido por el Ministro del Supremo Tribunal Federal que votará en caso de empate, quedando excluido de la distribución de los procesos y de las votaciones en dicho tribunal. 2. Los miembros del Consejo serán nombrados por el Presidente de la República después de que se apruebe la selección por mayoría absoluta del Senado Federal. 3. Al no ser efectuadas en el plazo legal las indicaciones previstas en este artículo, cabrá la selección al Supremo Tribunal Federal. 4. Compete al Consejo el control de la actuación administrativa y financiera del poder judicial y el cumplimiento de los debe-

I- Un ministro del Supremo Tribunal Federal, indicado por el respectivo tribunal. II- Un ministro del Tribunal Superior de Justicia, designado por el respectivo tribunal. III- Un Ministro del Tribunal Superior del Trabajo, designado por el respectivo tribunal. IV- Un magistrado del Tribunal de Justicia, designado por el Supremo Tribunal Federal. V- Un juez federal, designado por el Supremo Tribunal Federal. VI- Un juez del Tribunal Regional Federal, designado por el Tribunal Superior de Justicia. VII- Un juez federal designado por el Tribunal Superior de Justicia. VIII- Un juez del Tribunal Regional del Trabajo, designado por el Tribunal Superior del Trabajo. IX- Un juez laboral, designado por el Tribunal Superior del Trabajo. X- Un miembro del ministerio público de la Unión, designado por el procurador general de la república. XI- Un miembro del ministerio público federal, escogido por el procurador general de la república dentro de los nom-

res de función de los jueces, además de otras atribuciones que le fueren conferidas por el Estatuto de la Magistratura, también deberá: I- Velar por la autonomía del poder judicial y por el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura, expidiendo los actos reglamentarios en el ámbito de su competencia o recomendar providencias. II- Velar por la observación del artículo 37 y apreciar, de oficio o mediante citación, la legalidad de los actos administrativos practicados por los miembros u órganos del poder judicial, pudiendo declararlos inconstitucionales, revisar o fijar plazo para que se adopten las providencias necesarias al exacto cumplimiento de la ley sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Cuentas de la Unión. III- Recibir y conocer los reclamos contra miembros u órganos del Poder Judicial, inclusive contra sus servicios auxiliares, empleados y órganos de prestación de servicios notariales y de registro que actúen por delegación del poder público u oficial, sin perjuicio de la competencia disciplinaria y correccional de los tribunales, pudiendo abocar procesos disciplinarios en curso, determinar la pérdida del cargo, la remoción, determinar la posibilidad o la jubilación con subsidios o ganancias proporcionales al tiempo de servicio y aplicar otras sanciones administrativas, asegurando una amplia defensa. IV- Representar al Ministerio Público en el caso de crímenes contra la administración pública o el abuso de autoridad. V- Revisar de oficio o mediante citación, los procesos disciplinarios de jueces y miembros de tribunales juzgados hace menos de un año. VI- Elaborar semestralmente un informe estadístico sobre procesos y sentencias promulgadas por la unidad de la Federación en los diferentes órganos del poder judicial. VII- Elaborar un informe anual proponiendo las providencias que juzgue necesarias sobre la situación del poder judicial en el país y las actividades del Consejo, lo cual debe integrar un mensaje del presidente del Supremo Tribunal Federal al ser remitido al Congreso nacional con ocasión de la apertura de la sesión legislativa. 5. El ministro del Tribunal Superior de Justicia ejercerá la función de ministro-corregidor y quedará excluido de la distribución de procesos en el Tribunal, compitiéndole además de las atribuciones que le fueron conferidas por el Estatuto de la Magistratura, las siguientes: I- Recibir los reclamos y denuncias de cualquier interesado, relacionadas con los magistrados y con los servicios judiciales. II- Ejercer funciones ejecutivas del Consejo, de inspección y corrección general. III- Requerir y designar magistrados, delegándoles atribuciones, y requerir empleados de juzgados o tribunales inclusive en los estados, el distrito federal y los territorios. 6. Junto al Consejo oficiarán el procurador general de la república y el presidente del consejo federal de la Orden de los Abogados del Brasil. 7. La Unión, inclusive en el distrito federal y en los territorios, creará auditorías de justicia competentes para recibir reclamos y denuncias de cualquier interesado contra miembros u órganos del poder judicial, o contra sus servicios auxiliares, representando directamente al Consejo Nacional de Justicia". Extraído del sitio www.camara.gov.br el 12/06/00.

bres indicados por el órgano competente de cada institución federal. XII- Dos abogados, señalados por el Consejo Federal de los Abogados del Brasil. XIII- Dos ciudadanos de notable saber jurídico y de reputación sin tacha, sugeridos por la cámara de los diputados y otro por el senado federal.

Según lo determina el artículo, de los quince miembros que integrarán el CNJ nueve pertenecen al poder judicial, son "órganos" de él. Es así porque un juez, según determina la legislación brasileña, no es un funcionario público sino que es un órgano del poder judicial y para el caso, de las más variadas instancias y esferas de ese poder. Los seis miembros restantes son originarios de tres sectores diferentes: ministerio público, sector de los abogados y, aunque indirectamente, del legislativo.

Ante las preocupaciones presentadas antes por los presidentes de las directivas del poder judicial, el resultado final se presume atendió a las dos partes: por un lado se cumplió con un requisito considerado importante para el Banco Mundial y se creó un órgano de control del poder judicial en Brasil y, por otro, se amplió la dirección de ese poder a través de una composición aparentemente no tan extendida.

Otro punto que viene sufriendo alteraciones en los países latinoamericanos es la adquisición de la autonomía administrativa. Diversas constituciones han sufrido enmiendas para dar un porcentaje fijo del presupuesto nacional al poder judicial. Por ejemplo, en el caso de Brasil, el poder judicial adquirió autonomía administrativa y financiera recientemente con la promulgación de la Constitución de 1988¹⁶. A partir de ella, los tribunales deben elaborar sus propuestas presupuestales dentro de los límites estipulados junto con los demás poderes en la Ley de Directrices Presupuestales (LDP).

En las otras cartas, la solicitud de partidas quedaba sometida a la aprobación del ejecutivo. Si por un lado esa modificación atribuyó autonomía al poder judicial, al menos formalmente, por otro lado aumentó la responsabilidad de ese sector en la medida en que impide que sea el ejecutivo el "responsable" por los eventuales fracasos y obstinaciones del poder judicial.

En el conjunto de los elementos expuestos hasta ahora existen para el Banco Mundial otros factores que deben agregarse en la medida en que son decisivos para la mejoría de la calidad de los servicios prestados por ese sector: el aumento de salarios a los jueces, el aumento del número de cortes, y la introducción de nuevas tecnologías y computadores en las Cortes¹⁷.

¹⁶ "Art. 99. Al poder judicial le está asegurada la autonomía administrativa y financiera. 1. Los Tribunales elaborarán sus propuestas presupuestales dentro de los límites estipulados conjuntamente con los demás poderes en la ley de directrices presupuestales. 2. Al trámite de la propuesta, oídos los otros tribunales interesados, le compete: I- El ámbito de la Unión, a los presidentes del Supremo Tribunal Federal y de los Tribunales Superiores con la aprobación de los respectivos tribunales. II- El ámbito de los Estados y el del distrito federal y en los territorios, a los presidentes de los Tribunales de Justicia con la aprobación de los respectivos tribunales".

¹⁷ Dos países latinoamericanos implantaron ya las reformas propuestas en el programa:

Estos son factores que deben tenerse siempre en cuenta a lo largo del proceso de reforma del sector en cuestión.

El documento (Burki, 1998: 111-112) sustenta que gracias a la ampliación de las fuerzas de mercado y de los sistemas políticos democráticos, la reforma del poder judicial se transformó en una prioridad regional. Eso porque los mercados necesitan de un poder judicial que pueda resolver contratos y disputas de derecho de propiedad de forma rápida y económica. Confirma esa necesidad una investigación hecha por el Banco Mundial entre más de 3.600 empresarios en 69 países que reveló que en América Latina y el Caribe más del 70% identifican el poder judicial con un impedimento para realizar negocios.

Los poderes judiciales, como todas las instituciones públicas de la región, tienen serios problemas que necesitan sanearse para que contribuyan de manera satisfactoria al crecimiento económico de la región. El desafío de esos países es confrontar la nueva estrategia de desarrollo económico vuelta hacia la orientación del mercado en la que se destaca el sector privado. En ese sentido es que el informe sobre la conferencia, titulado *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceeding of a World Bank Conference* (Rowat, 1995) presenta sus propuestas.

El interés por realizar la reforma tiene su origen en el hecho de que el Banco Mundial se encuentra preocupado con los esfuerzos desplegados por esa institución para el desarrollo de los países deudores. Muchos de los programas que el Banco y otras instituciones desarrollan están bajo riesgo debido a la falta de fortalecimiento del Estado de derecho¹⁸, un principio básico para el sostén social y el desarrollo económico (Rowat, 1995: 8).

Al hablar de esa manera, el Banco Mundial expone el objetivo principal de toda reforma: modificar la institución "judicial" de forma que promueva un determinado modelo de desarrollo económico y político de la región.

Según lo que todo indica, las empresas que están entrando al país necesitan de un poder judicial barato, rápido, ágil, eficiente y que garantice la seguridad jurídica. Para que se construya un poder judicial de esa

Argentina y Ecuador. Una evaluación de esas reformas puede encontrarse en el informe N.º. 350 *Judicial Reform in Latin American Courts: The Experience in Argentina and Ecuador*, editado por el Banco Mundial en 1996. El informe fue elaborado por Edgardo Buscaglia y María Dakolias.

¹⁸ La expresión *rule of law* fue traducida en este trabajo como "estado de derecho". En el *Oxford Dictionary of Law* se define como: 1. Supremacía de la Ley. 2. Característica atribuida a la Constitución del Reino Unido por el profesor Dicey (1885). Comprende tres conceptos: el absoluto predominio de un derecho regular que impide al gobierno actuar de forma arbitraria contra los ciudadanos, la sujeción igual de todos (inclusive de los funcionarios públicos) a la legislación ordinaria administrada por las Cortes de Justicia y al hecho de que las libertades individuales de los ciudadanos son formuladas y protegidas por una ley ordinaria preferida a la legislación abstracta de la Constitución (Martin, 1997: pág 413).

dimensión, el Banco Mundial tiene propuestas de cambio que afectan prácticamente a todo el sistema jurídico: del cambio de valores y conductas propuestos en la enseñanza jurídica, como se verá más adelante en detalle, a la descentralización y tercería de la administración judicial no hay prácticamente siquiera un área que haya quedado sin recibir propuestas.

Para desahogar el poder judicial, la salida ofrecida por el Banco Mundial es la de buscar ese sector a través del fortalecimiento de las formas alternativas de solución de los conflictos. Similar a lo que ocurre en la justicia norteamericana, base de los análisis comparativos realizados a lo largo de la Conferencia, los acuerdos extrajudiciales se presentan siempre más que el hecho de ir a la justicia por los altos costos procesales y la lenta respuesta.

Para la justicia propiamente dicha propone: la revisión de los mecanismos de selección de los jueces, buscando elegir aquel que sea "más adecuado al sistema"; la descentralización de las Cortes; la tercería de la administración de justicia pues esta no debería ser gestionada por los propios jueces, quienes no conocen los principios de la eficiencia administrativa, y sí por administradores con un alto grado de conocimiento en el área de la administración pública; la simplificación y unificación mundiales del proceso civil, tornándolo más ágil y barato; la creación de mecanismos con incentivos para que los jueces y funcionarios aumenten su productividad, y finalmente el entrenamiento de jueces y funcionarios del área –una especie de cursos de actualización que en cierta medida ya han sido adoptados por el poder judicial brasileño– para que se preparen para las nuevas tecnologías que serán puestas en marcha en ese sistema.

Propone también una mayor transparencia en los actos promovidos por el poder judicial, tornándolo ese poder más *accountable*, a través de la implantación de bancos de datos¹⁹ que permitan conocer las infor-

¹⁹ El poder judicial instauró recientemente, en agosto de 1999, un Banco de Datos que permite a quien entre a la página del Supremo Tribunal Federal en Internet, obtener información sobre el número de procesos que se adelantan en cualquier instancia de la justicia brasileña. Contiene información sobre el volumen de procesos recibidos y juzgados por el STF y demás tribunales superiores, tribunales de justicia federales, regionales federales del trabajo y electorales. Extraído del sitio www.oabsp.com.br: *Banco de datos del poder judicial comienza a funcionar el lunes*. Fuente: STF, 06/08/99. El TSJ está instaurando la "política de la calidad" con el auxilio del Grupo de Calidad del Banco de Brasil, consolidando la filosofía de gerencia para la calidad en el Tribunal. Quieren implantar la norma ISO 9002 en las actividades de enjuiciar, clasificar y distribuir procesos originales ejecutados por la Secretaría Judicial; con eso buscan mejorar la prestación de servicios para hacer una justicia rápida, accesible, eficiente y democrática. Hasta ahora el Núcleo de Calidad del TSJ ya creó en la red el *Diario de la justicia* electrónico y estableció un acuerdo denominado "red de alta velocidad" con los tribunales regionales federales y con varios órganos del poder ejecutivo como el Ministerio de Hacienda, la Abogacía General de la Unión, la Procuraduría General de la Hacienda Nacional, la Caja Económica Federal y el Instituto Nacional del Seguro Social (INSS). Extraído del sitio www.oabsp.com.br: *Presidente del TSJ da inicio a la "política*

maciones más diversas sobre el sistema jurídico. Estas propuestas son las que se verán ahora de una forma más detallada. Fueron sistematizadas en seis categorías distintas: a) costos y beneficios económicos del funcionamiento del poder judicial, b) unificación del derecho procesal, c) formas alternativas de solución de los conflictos y de acceso a la justicia, d) nuevas formas de reclutamiento y entrenamiento de la magistratura, e) reforma de la enseñanza jurídica, f) descentralización y tercería de la administración judicial.

Costos y beneficios económicos del funcionamiento del poder judicial

La segunda parte de la Conferencia se destinó a evaluar los costos y beneficios económicos de una reforma en el poder judicial de América Latina y el Caribe.

La propuesta presentada por Beatrice Weder²⁰ aunque frágil en la sustentación empírica, defiende que un sistema legal débil se constituye en uno de los principales obstáculos para el desarrollo y crecimiento económicos. Tal tesis es sustentada por los derechos de propiedad, los derechos contractuales y las reglas generales que forman la base de un mercado económico con buen funcionamiento.

El objetivo es mostrar que hay una relación directa entre la credibilidad política, la actuación del poder judicial y la *performance* económica. Esto porque se comprende que un poder judicial arbitrario afecta toda la credibilidad política de un país y con eso provoca un aumento del costo en la *performance* económica.

A través de la aplicación de un cuestionario para representantes del sector privado, del gobierno, de las organizaciones no gubernamentales y de los periodistas en América Latina y el sudeste asiático, se buscó identificar cuáles elementos afectan la credibilidad política de un país. Respondiendo a la pregunta: ¿Cuáles son los obstáculos que usted enfrenta en sus actividades económicas, los cuales se derivan del sistema político de su país?, los entrevistados identificaron como el obstáculo más común la "incertidumbre que envuelve los resultados provocados por las decisiones hechas de forma discrecional por el Estado". Algunos ejemplos de intervenciones discrecionales hechas por los agentes del Estado serían la ejecución arbitraria de leyes y normas hechas por burócratas, un inmenso e imprevisible cambio en las reglas y en las políticas establecidas, así como la incertidumbre que cubre las decisiones judiciales: la falta de seguridad jurídica.

de calidad" en el Tribunal. Fuente: TSJ. 03/09/99. TSJ firma acuerdo con el Banco de Brasil para proyecto de Calidad. Fuente: TSJ. 29/09/99.

²⁰ Esa tesis es resultado de una investigación llevada a cabo en la Universidad de Basilea (Suiza) (Rowat, 1995: 21).

En virtud de los resultados se tiene como fundamental que los sistemas políticos produzcan políticas y reglamentos de forma previsible y que garanticen su credibilidad. Aunque algunos países cumplan un requisito formal de la democracia como es el de realizar elecciones libres y competitivas, periódicamente eso no se traduce en una democracia efectiva. Aunque los gobiernos hayan sido elegidos, ejercen un considerable poder discrecional en la medida en que gobiernan por decreto²¹.

Aquí debe hacerse un paréntesis. El impacto del poder judicial en la esfera económica brasileña ha provocado diversas turbulencias en el mercado de los últimos dos años. A finales de septiembre de 1999, el STF consideró inconstitucional el cobro de contribuciones de previsión a servidores inactivos y el aumento proporcional para los activos. Los titulares de dos de los principales periódicos de Brasil al día siguiente mostraban el impacto de la decisión del STF en las bolsas y en la cotización del dólar. En el *Estado de Sao Paulo*²² el titular de la separata de Economía era "Derrota del gobierno en el STF afecta mercados", con un gráfico que ilustraba la reacción inmediata del mercado a la decisión de la Corte Suprema. En la *Folha de Sao Paulo* de la misma fecha²³ la cubierta de la segunda separata decía: "STF derrumba Bolsa y hace subir el dólar", y evaluaba la pérdida del gobierno por la decisión en cerca de 2,35 billones de reales.

Otro caso que también provocó impacto en los mercados fue el juicio de la cuestión del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS) por el STF, sumado a las pérdidas sufridas por las bolsas norteamericanas²⁴. La cuestión envuelve la exigencia de corrección de los saldos de las cuentas del FSTS por los afectados con la inflación sufrida en los planes económicos de 1987 a 1991 (Planes: Bresser, Verao y Collor 1 y 2). El problema es que aunque el juicio sólo alcance directamente a los autores de las acciones, servirá de precedente para aproximadamente seiscientos mil acciones. En caso de que el gobierno federal pierda la acción, y tenga que corregir los saldos de las 65 millones de cuentas del FGTS, el hueco estimado en el Tesoro es de cerca de setenta billones de reales.

Esas informaciones acerca de Brasil no presumen la anuencia con la propuesta señalada por Weber. Pretenden sólo evidenciar que los medios de comunicación vienen registrando, en los dos últimos años por lo

²¹ Aunque ese informe no trabaje directamente la cuestión de la democracia, en la disertación fue abordada en el segundo capítulo a través de la presentación de la tesis de Mainwaring, O'Donnell, Linz y Stepan, cuyas referencias bibliográficas se encuentran al final del informe.

²² *Estado de Sao Paulo* del 01/10/99, pág. 1B.

²³ *Folha de Sao Paulo* del 01/10/99, pág. 2-1.

²⁴ Según un artículo de la *Folha de Sao Paulo* del 14/04/00: "El STF y USA dejan nervioso al mercado", pág. 2-10. El juicio fue suspendido para consideración del ministro Mauricio Corrêa; información tomada del periódico *Estado de Sao Paulo* en el artículo titulado: "Supremo debe mantener decisión de corregr" FGTS del 15/04/00, pág. 7B.

menos, un fuerte impacto en el mercado de algunas decisiones tomadas por el STF provocadas por, o "atribuidas a", como salvedad importante.

Unificación del derecho procesal en el mundo

La segunda propuesta presentada por el Banco Mundial consiste en la unificación del derecho procesal en el mundo. Dos serían las justificaciones básicas para esa unificación: 1. Un sistema procesal universal posibilitaría que la justicia fuera administrada de forma rápida, adecuada y económica. 2. Ese sistema universal permitiría que se construyeran los cimientos de la certeza legal y de la confianza institucional dentro de ambos mercados, interno e internacional, alcanzando la seguridad jurídica que tanto se busca.

Uno de los argumentos que señalan la necesidad de un sistema procesal unificado es el hecho de que las cortes pueden aplicar el derecho sustantivo, material, pero no pueden aplicar el derecho procesal de otros países. En el caso de que el sistema procesal fuera universalizado, permitiría que diversas reglas del derecho procesal –tales como la jurisdicción, la evidencia, la ejecución, etc.– puedan aplicarse a través de las fronteras nacionales, requiriendo apenas de un sistema internacional o uniforme para su aplicación (Rowat, 1995: 42).

Además de eso, un sistema uniforme es esencial para que se establezca un acuerdo de disputas en un mercado común o internacional en el cual derechos procesales diferentes gobiernan áreas dispares como la producción de evidencia, la conducción de procedimientos arbitrarios, la determinación de jurisdicción legal o la credencial de jueces, abogados y otros profesionales del área.

Pero, ¿cuáles serían los motivos reales detrás de esa necesidad de unificación del sistema procesal? El mundo de los negocios internacionales requiere de un sistema de derecho procesal eficiente y transparente, principalmente después de la proliferación de los contratos transnacionales. Se suma a eso, el hecho de que las firmas extranjeras prefieren negociar o invertir en países cuyos sistemas procesales ofrezcan las mayores ventajas en términos de costos, tiempo y eficiencia²⁵.

Aunque aún existan serias distorsiones, diversos países vienen promoviendo ya cambios que apuntan hacia la mejora del funcionamiento

En la medida cautelar en ADIN 605/DF, la Corte Máxima brasileña también se preocupa por garantizar un sistema más "seguro" para el mundo de los negocios, olvidando en parte la "neutralidad jurídica" que tanto proclama, como muestran las palabras del ministro Sydney Sanches: "aún suspendida la norma legal en cuestión, otras normas podrían actuar para permitir la realización de la subasta. Y, aunque así fuera, tendría que optar entre dos males. ¿Cuál sería el mal mayor? ¿El de permitir la subasta o el de no admitirla? Veo como mal menor el que no se suspenda la subasta, pues nada impide que después sea anulada si se concluye que hay inconstitucionalidad". (MC en ADIN 650/DF, pág. 312). Extraída del sitio www.stf.gov.br

del poder judicial a través de la elaboración de leyes que cualifiquen las reglas procesales y la instauración de las nuevas formas alternativas de solución de los conflictos. El *technical paper* apunta a algunos países que ya hicieron esos cambios tanto en Europa (Bélgica, España, Italia, Francia) como en América del Sur (Argentina, Ecuador, Uruguay).

Los límites para la unificación serían los siguientes: la unificación debe tener cuidado de no versar sobre las leyes específicas de competencia y organización judiciales, pues esas son responsabilidad de los Estados; debe limitarse a la armonización general de las leyes que gobiernen el curso normal de los procesos. Además de eso, no es posible que existan preocupaciones con procedimientos que están íntimamente ligados a los derechos objetivos como el matrimonio y el divorcio. Pero para que esa unificación ocurra es fundamental el apoyo de asociaciones como la Orden de los Abogados y la Asociación de los Magistrados.

Formas alternativas de solución de los conflictos y de acceso a la justicia

A partir de la experiencia de los Estados Unidos, adaptada posteriormente e implantada en Argentina, el Banco Mundial da inicio al análisis de implantación de los denominados Alternative Dispute Resolution (ADR) en América Latina y el Caribe.

El resultado en los Estados Unidos fue positivo, afirma el Banco Mundial (Rowat, 1995: 65): la aplicación de tales mecanismos permitió una mayor privacidad para las partes, agilizó los procedimientos, expandió el acceso a la justicia y redujo apelaciones y atrasos en el juicio.

Como esas distintas formas de negociación terminan en un acuerdo o en un contrato, no se descartó la posibilidad de que en el futuro se haga en el poder judicial para que se resuelva cualquier disputa o desacuerdo acerca del acuerdo establecido extrajudicialmente.

Los mecanismos instaurados en los Estados Unidos son de dos naturalezas:

- a) *Procedimientos conectados al poder judicial*: Son procedimientos que ocurren durante el curso del litigio tradicional. Son ellos: el arbitraje judicial, la mediación judicial, la aclaración judicial previa y el Tribunal de Jurado sumario.
- b) *Procedimientos extrajudiciales*: Ocurren antes o a lo menos sin que haya ninguna relación de litigio en juicio. Estos procedimientos son la negociación, el minijuicio (*minitrial*) y la mediación (Rowat, 1995, pág. 67). A continuación se explicará qué son cada uno de los mecanismos citados.

Los procedimientos judiciales serían los siguientes:

- a) *Arbitraje judicial*: Un árbitro es designado de una lista, general-

mente constituida por abogados dotados de ciertas calificaciones y que hayan acordado participar como árbitros por una modesta tasa. En gran parte de los sistemas, las partes deben someterse a este procedimiento antes de tener derecho de ir a juicio (en la mayoría de los casos de pago de deudas pecuniarias), incluyendo un monto límite determinado. Es una decisión tomada si ninguna de las partes recurre, transformándose en cosa juzgada sin posibilidad de recurso en juicio. En caso de que alguien recurra se sigue la vía normal de los procesos judiciales.

- b) *Mediación judicial*: Aunque en la práctica la mediación funcione como una decisión arbitral proferida por el mediador, ella difiere del arbitraje de la siguiente forma: aquí el mediador debe asistir sólo a las partes en sus negociaciones en busca de una solución acordada. En general, la mediación es sugerida por los jueces para que las partes intenten decidir una pendencia civil. El acuerdo resultante es acogido por la corte como una decisión judicial, y se coloca en el formato del contrato que es firmado por ambas partes que acuerdan denegar la solicitud pendiente. En algunas jurisdicciones, los mediadores son voluntarios sin paga y en otras la compensación proviene de las arcas públicas, pero en la mayor parte de los casos los pagos son hechos por las partes.
- c) *Aclaración judicial previa*: Esta técnica la evaluación es hecha por un tercero, neutro. Ocurre en los casos en que las partes y sus abogados participan de una reunión con un tercer abogado especializado en ese tipo de caso. Propuesta por la Orden de los Abogados Estadounidenses funciona como una evaluación previa que ayudará a las partes en la ejecución de sus casos. El tercero, neutro, actúa como si fuera juez de la causa pero con poderes limitados, y su única contribución consiste en auxiliar a las partes para que vean cómo será encarado el caso por un juez, si se fuera a juicio.
- d) *Tribunal de Jurado sumario*: Aquí se “simula” un tribunal con jurado que decidiría sobre el caso. Esa simulación procura dar a las partes informaciones rápidas de lo que realmente ocurriría si fueran a juicio.

Los procedimientos extrajudiciales son:

- a) *Negotiación*: Es la técnica más popular ya que ha sido adoptada por los cursos de derecho del país, buscando el aumento de la aplicación de ese instrumento. Consiste en un proceso ya previsto en los contratos en el cual, ante cláusulas conflictivas, es establecido un camino que conduzca a las partes a un conjunto de procedimientos que se espera produzcan un acuerdo razonable para ambas partes.

- b) *Minijudio*: Es una técnica nueva, una forma más elaborada de la negociación. Casos extremadamente conflictivos son reproducidos previamente por dos secretarios o funcionarios (*chief officier*) que escuchan las razones de los abogados de cada una de las partes. Aunque no haya ningún juicio o jurado se hace una presentación directa a los funcionarios del caso por las partes.
- c) *Mediación*: La última forma adoptada en los Estados Unidos es la mediación, es la más utilizada para ayudar a las partes a resolver sus disputas. En algunos casos el mediador es dado por una organización, en otras es seleccionado independientemente por las partes. Lo más común es que ese mediador se encuentre con las dos partes y con ellas establezca una agenda de comportamientos y reglas entre ellas, y después se reúne nuevamente con cada parte por separado. Sin embargo, él nunca impone ninguna solución para las partes. Lo deseable sería que hubiera siempre una mediación previa en todos los procesos extrajudiciales que envuelven alguna forma de disputa porque en la práctica esta ha mostrado que las personas cambian de idea al pensar en un juicio, resolviéndose así el conflicto en esa esfera. El resultado esperado es el establecimiento de un acuerdo final que queda reducido a un término.

En Argentina, la implantación de las ADR comenzó en 1991 con la mediación cuando fue aprobado por el gobierno el Plan Nacional de Mediación a través del decreto ejecutivo 1480/92 (Rowat, 1995: 84). Ese plan previó la instauración de una escuela preparatoria de mediadores, la creación de juntas de mediación y también estableció la conexión entre el Ministerio de Justicia y la Corte Suprema de Justicia para que la corte auxiliara en la implantación de la mediación²⁶.

La mediación [en Argentina] consiste en un procedimiento que no es antagónico, en el cual un tercero sin poderes sobre las partes en conflicto ayuda a establecer una aproximación a los intereses para intentar determinar un punto de armonía en el centro de la querrela. Desde luego, busca inducir a ambas partes a identificar las cuestiones en disputa, a reconocer sus intereses más allá y por encima de la posición adoptada, a explorar formas de alcanzar acuerdos que estén por encima del nivel de la disputa y a transformar el conflicto en algo benéfico para ambos. La confidencialidad es la clave de esta técnica (Rowat: 1995: 78).

En el mismo periodo fue creada la Fundación Libra, una institución sin ánimo de lucro, cuya finalidad era auxiliar en la modernización y mejora de la administración de la justicia argentina. Reunió jueces, abogados, ejecutivos, psicólogos, investigadores, profesores universitarios, mediadores y expertos en negociación. La Fundación Libra tuvo un papel fundamental en la publicidad de los ADR, creados en Argentina (Rowat, 1995: 86).

A medida que la mediación fue implantada en Argentina, el paso siguiente fue adoptar otras formas alternativas que fueron adaptadas al contexto jurídico argentino y por eso sufrieron alteraciones con relación al modelo estadounidense. Estas son:

1. *Negociación*: Es un proceso informal y voluntario usado por las partes para alcanzar un acuerdo aceptable. Existen varias formas de negociación como la negociación cooperativa, en la cual ambas partes buscan alcanzar un alto nivel de satisfacción en la solución del conflicto.
2. *Conciliación*: Es un poder que el juez posee, antes o durante el proceso, para convocar a las partes a establecer un acuerdo²⁷. Además del juez, otros oficiales de justicia o una tercera parte independiente, también pueden actuar con un conciliador denominado *facilitador* en este caso.

El análisis de esos mecanismos adoptados en Argentina permitió concluir que, desde el punto de vista del poder de decisión de la parte, la negociación es la técnica más restrictiva. En la mediación por ejemplo, las partes poseen poderes totales para decidir la cuestión y el mediador no está autorizado a determinar algo o a aconsejar, a proponer soluciones, a determinar el juicio, o a valorar propuestas.

La falta de personal calificado para adoptar los procedimientos sirvió para presionar a la Universidad de Buenos Aires para que organizara la Maestría en Negociación y Solución de los Conflictos.

Al evaluar cada uno de los mecanismos en Argentina se nota lo siguiente:

- a) *Arbitraje*: El Código Procesal incluye esta forma tradicional como un procedimiento extrajudicial. La Bolsa de Valores de Buenos Aires posee, por ejemplo, un Tribunal General de Arbitraje, pero que ha sido muy poco utilizado. Con el reconocimiento de la crisis del poder judicial han sido creados nuevos tribunales de arbitraje. Pero hasta ahora el arbitraje, como forma extrajudicial de solución de los conflictos, no despegó. Necesita ser abordado de una forma nueva²⁸.
- b) *Conciliación*: El Código Civil y Comercial Procesal la tratan como un instrumento poderoso para ser utilizado por el juez en cualquier fase del proceso en el intento de hacer que se alcance un acuerdo de las partes. El número de casos en que es usada es bajísimo. Parte de la culpa de que esto suceda puede atribuirse a

²⁷ Ampliamente adoptado en Brasil, tanto en el derecho de familia como en el derecho laboral. Sin embargo, se alerta sobre el peligro de que en ese proceso la parte menos preparada sea perjudicada en el resultado final.

²⁸ Del 7 al 10 de noviembre de 1994 se realizó en Buenos Aires la First Interamerican Meeting on Alternative Dispute Resolution, patrocinada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que buscó propuestas que corrigieran esas deficiencias.

la falta de entrenamiento en las técnicas de negociación y de mediación. Las partes dudan en exponer sus intereses reales frente a personas que decidirán quién vence en el litigio; a esto también contribuye la ausencia de los jueces cuando deberían presidir las audiencias personalmente.

- c) *Mediación*: Es adoptada en querrelas públicas nacionales en las cuales el mediador ha sido señalado para tratar con conflictos políticos, o en disputas que incluyen a sindicatos o a otras asociaciones profesionales. En la práctica, la participación de un tercer mediador no siempre se ajusta con el instituto adoptado. Cualquiera que sea el foro de la disputa, la función del mediador es ayudar a las partes a resolver sus conflictos a través de un acuerdo mutuo. Es un proceso confidencial, es decir que durante la mediación ni el mediador ni los presentes pueden revelar a terceros lo que se dijo durante la sesión. El propósito de la mediación no es descubrir un culpable, sino establecer un acuerdo.

En marzo de 1994 el Instituto Gallup, con apoyo de la United States Agency for International Development (USAID), hizo una investigación que buscaba sondear a la opinión pública sobre la administración del poder judicial en Argentina. Los resultados señalaron la necesidad de implantar tales mecanismos, o al menos sirvieron como justificadores sobre la "necesidad" de implantarlos. Los resultados de la investigación fueron los siguientes (Rowat, 1995: 81):

1. En general la opinión pública es negativa: 49% considera la administración de justicia mala o muy mala y 40% la considera apenas justa.
2. Una amplia mayoría de la población (80%) no encuentra nada positivo que decir sobre la administración de la justicia argentina.
3. El 35% de los entrevistados enumeran como principales defectos del sistema la lentitud y la burocracia: 65% lo consideran injusto, parcial y defensor de los derechos de los ricos; corrupto, por encima de la ley, politizado, que presta favores personales. Del 4% al 9% encuentra que las leyes son limitadas y que están atrasadas.
4. El 65% considera que el principal problema es la corrupción y los atrasos excesivos en las decisiones de los procesos.
5. El 40% desconoce las nuevas formas de solución de los conflictos, además del proceso judicial tradicional: 35% afirman que no existe otra forma de resolver un conflicto que la vía judicial y 25% creen que existen otras formas (Rowat, 1995: 81).

El Instituto Gallup sacó diversas conclusiones a partir de los resultados obtenidos en la investigación: la principal es que el poder judicial argentino sufre una enorme crisis de credibilidad que afecta también a otras

instituciones y grupos sociales importantes como los partidos políticos, los sindicatos y el Congreso nacional.

El público en general critica a la justicia porque ella no cumple con su requisito principal: la de ser justa e igualitaria, y los factores que contribuyen a eso son el atraso en el pronunciamiento de las decisiones y la dependencia de ese poder con relación a los otros. La consecuencia directa es un sentimiento de “inseguridad”: la amplia mayoría de la población no siente que el poder judicial la protegerá y cree que esa institución hace poco o nada para proteger sus derechos.

La empresa brasileña de sondeos Ibope realizó una investigación en Brasil²⁹ encargada por el Ministerio de Justicia, que se mostró similar a la hecha en Argentina. Para 92% de los entrevistados la justicia brasileña es lenta, 52% del total considera las sentencias judiciales justas y la mitad de ellos perciben que cumplir las leyes no trae ninguna ventaja personal. Pero al mismo tiempo que dice no creer en el cumplimiento de las leyes, el brasileño garantiza que las cumple; 85% de los entrevistados dijeron que las leyes deben obedecerse sin importar si se está de acuerdo o no con ellas. El 62% de los brasileños consideran que en el país existen más leyes de las necesarias.

En cuanto a las instituciones y profesiones ligadas al poder judicial, los entrevistados opinaron de la siguiente manera: 56% creen que los abogados son deshonestos, 37% creen que son honestos y 7% no respondieron. Los policías son los profesionales más desacreditados en esa investigación: sólo 31% creen que los policías son honestos y 63% no los considera honestos. Los jueces quedaron con el mayor porcentaje de aprobación: 65% de los entrevistados dijeron confiar en los jueces y 29% dijeron que no confiaban en ellos, 6% no opinaron. La institución más confiable para el brasileño es el ejército con 75% de aprobación: el Ministerio de Defensa obtuvo 58% de la aprobación. El informe también apunta que 81% de los brasileños discrepa de que haya un trato igual para pobres y ricos en la justicia. Sólo 17% cree que ese trato es igual. Un total de 58% dice que en Brasil las personas que desobedecen las leyes son castigadas. Para 86% muchas personas deshonestas en Brasil nunca fueron castigadas y 74% cree que la ley sólo existe para los pobres.

Nuevas formas de selección, incentivos y entrenamiento de los jueces

Experiencias anteriores en otras partes del sector público muestran que, para que la reforma tenga resultados positivos, es fundamental

²⁹ La investigación entrevistó a dos mil personas entre el 24 y el 28 de febrero de 1999 en todas las regiones del país. Los datos fueron extraídos del artículo “92% de los brasileños considera a la justicia lenta”, publicado por el periódico *O Estado de Sao Paulo* del 24 de marzo de 1999. El artículo se consigue en el sitio electrónico del periódico, www2.estado.com.br

el apoyo de los agentes que componen el sistema. El apoyo se adquiere por medio de la promoción de incentivos.

Como los jueces constituyen el corazón del sistema jurídico sería interesante dar una atención especial a tres aspectos básicos: a) proceso de selección del juez, b) las formas de los incentivos para los que están en la carrera y c) la continua actualización de los magistrados que ya están en la carrera.

La sugerencia hecha por el Banco Mundial en cuanto al proceso de selección del juez es del siguiente orden: identificar las razones por las cuales las personas se hacen jueces, lo que los motiva a trabajar arduamente una vez ocupan los cargos, y cómo ese arduo trabajo se transforma en una *performance* mejor del poder judicial como un todo –léase aquí aumento de la productividad.

Algunas razones se consideran como evidentes: la seguridad que ofrece el empleo, un buen salario, un sentido de servicio público además del prestigio que acompaña al cargo. Pero pueden existir otras razones. Se necesita la realización de investigaciones para descubrir cuáles son los motivos que hacen que los graduados busquen la magistratura. Finalmente, al descubrirse los motivos reales queda más fácil identificar si el proceso de selección de los jueces en los países que adoptan la *civil law*³⁰, de hecho está atrayendo a candidatos “correctos o equivocados” y con eso alterar el proceso de selección.

Ya los incentivos otorgados a los que están en la carrera, en los Estados Unidos se tiene conocimiento de los criterios que estimulan a los magistrados en la carrera, pero en Brasil aún es necesario definirlos. Luego de identificar los factores, el paso siguiente es el establecimiento de esos criterios para insertarlos en las reformas ya hechas. Algunos países como El Salvador, Honduras, Colombia y Chile han introducido nuevos mecanismos de promoción para las más altas cortes. Además de la posibilidad de promoción, otra forma sería aumentar la transparencia en la conducción del sistema judicial, pues tal conducta contribuye de forma directa a aumentar la reputación y el prestigio de las cortes, y de forma indirecta el compromiso del juez con su jurisdicción aumenta también.

Una tercera sugerencia, aplicada recientemente en los juicios del Estado de Nueva York (USA), sería la publicidad de esos juicios a través de las transmisiones televisivas. Se descubrió que cuando las cámaras están presentes en la corte, los jueces hacen un mejor trabajo en la conducción de los procesos y en otros procedimientos, además de contribuir al aumento del respeto al sistema de justicia³¹.

³⁰ Esto porque en la *common law* el proceso de selección se hace a través de elección, mientras que en la *civil law* es común que los jueces de carrera acaten las acciones del legislativo y del ejecutivo (Burki, 1998: 115).

³¹ Recientemente el ministro del TSJ, Sálvio de Figueiredo, sugirió la utilización de vehí-

Otro punto sería la remuneración de los magistrados. El sistema actual considera que si los jueces son bien remunerados la posibilidad de que ocurran sobornos es menor. Pero otro factor debe ser insertado en ese proceso: la probabilidad de la detención. Aunque lo que hoy se presenta es la impunidad, esto necesita revisarse, al igual que los métodos actuales de "evaluación de la productividad" de los magistrados. Las promociones no deben centralizarse sólo en el número de decisiones dadas en un determinado periodo, pues eso podría incentivarlos a resolver los casos sin ningún criterio de calidad. De esta forma, los métodos de evaluación deben contar también con la valoración de la calidad de la decisión dada por el juez.

Otro aspecto que debe considerarse es el relacionado con la formación y utilización de los que ya están en la carrera. Los programas de formación/entrenamiento constituyen hoy una necesidad. Tradicionalmente los jueces no se sometían a tales programas por dos razones: 1) sus trabajos eran considerados mecánicos, como mera aplicación de la norma. 2) Los procesos tenían tan poca importancia social que los jueces podían perfeccionarse a partir de conversaciones y consejos de los jueces más viejos, etc. Pero esto ya no concuerda más con la realidad.

Hoy la función del juez es tan compleja e importante que no es posible esperar que él adquiriera sus conocimientos de una forma arcaica. Ahora, en la formación debe primar la enseñanza de estrategias de una manera amplia, y hacer conciencia del papel que desempeñan y de la expectativa que la sociedad tiene depositada en ellos.

El problema está en los costos de realización de tales programas, tanto para los que los organizan como para la sociedad. Para que no haya desperdicio de los recursos destinados a la formación del magistrado, se debe hacer una planeación minuciosa, buscando cumplir con las necesidades esenciales de los que a ella se someten y evitando que pierdan tiempo en ello.

Por las razones anteriores, tales programas deben realizarse por medio de instructores altamente calificados, con buen material técnico y muy bien estructurado. ¿Cómo puede alcanzarse esto?

El Banco Mundial sugiere dos posibilidades: a) los programas de formación no deben suplir lagunas en la formación del juez. En el caso de que el juez presente este problema, el sistema de selección es el que debe revisarse como una alternativa mucho más barata³²; b) los programas deben estar basados en estudios que indiquen las principales necesidades.

culos de comunicación para aumentar la eficiencia de los magistrados. Sin la misma dimensión de la propuesta anterior, pero al encuentro de ella, el ministro considera que la televisión podría usarse en los debates de los Códigos de Tránsito, Penal y de otras leyes que se están aplicando. Fuente: TSJ, 19/08/99: *Sálvio de Figueiredo defiende cambio en la selección de jueces*.

Pero no ofrece una respuesta a los mal calificados que ya han sido incorporados al sistema.

¿Cómo se pueden identificar tales necesidades? Un pequeño grupo de profesionales, altamente calificados, puede ser contratado para identificar lo que está sucediendo en el poder judicial y así detectar las debilidades y las necesidades, y aún anticipar futuras fallas del sistema.

En la medida en que el sistema de justicia tiende a cambiar lentamente, la educación jurídica tiende a ser conservadora. La formación jurídica puede que no sea la palanca para transformar un sistema jurídico, aunque desempeñe un papel muy importante. Los jueces deben combinar sus enseñanzas con las producidas por los estudiosos del derecho, aumentando el intercambio de informaciones entre ellos y la academia. Las críticas que vienen del sector académico, aun cuando son consideradas desagradables e injustas, deben analizarse y discutirse para que sea posible construir una justicia mejor.

Reforma de la enseñanza jurídica

¿Por qué es necesario reformar también la enseñanza jurídica? Porque para que las reformas presentadas hasta ahora se concreten es fundamental que los valores de ese "nuevo" poder judicial que está por venir sean incorporados dentro del proceso educativo.

Los proyectos educativos deben ser estratégicos, sistemáticos, universales, además de preocuparse con la calidad de la enseñanza. Los programas deben tener la posibilidad de determinar y perfeccionar la fórmula adecuada para ese nuevo modelo, para que el cambio de conocimientos, habilidades y actitudes pueda producir profesionales altamente calificados en el área del derecho. Principalmente "calificados" para utilizar los mecanismos que permitan que el poder judicial promueva el desarrollo político y económico del país, garantizando una justicia rápida, eficiente y barata que ofrezca seguridad jurídica. ¿Con qué mecanismos? Según se vio ya, tales mecanismos son las formas alternativas de solución de los conflictos –conciliación, mediación y arbitraje que ya se encuentran en vigor en Brasil– y que constituyen la gran respuesta a la rapidez y eficiencia necesarias a la demanda del mercado, y que en última instancia constituyen a lo menos una "privatización" indirecta de ese servicio prestado por el Estado.

Dos afirmaciones expresan de forma clara los anhelos del Banco Mundial acerca del poder judicial latinoamericano:

La razón principal de fortalecer a los poderes judiciales es facilitar el desarrollo político y económico de las naciones para que las cortes actúen de una forma más sobresaliente en los mercados avanzados (Rowat, 1995: 113).

Debido al hecho de que el comercio internacional no puede prosperar en los lugares en que las condiciones jurídico-legales no logran promover la seguridad económica, lo más apropiado que esta conferencia tiene como tema central es cubrir de una for-

ma completa cuestiones que afectan el desempeño de los poderes judiciales en su actuación como instrumentos de estabilidad de las naciones y facilitadores de las relaciones domésticas e internacionales: independencia del poder judicial, costos económicos de un sistema de justicia, reforma legal, administración de la justicia, formas alternativas de solución de los conflictos, acceso a la justicia, la profesión jurídica, educación y especialización en el derecho. (Rowat, 1995: 114).

Teniendo en cuenta que la educación constituye un instrumento importante de “transformación del conocimiento, habilidades y valores” que habilitan a una persona a vivir de una manera determinada, en el documento del Banco Mundial existe una lista de directrices –objetivos– a partir de las cuales debe trazarse el nuevo sistema educativo que auxilie de hecho a la implantación de las reformas en el poder judicial.

Tal sistema educativo es el siguiente:

- Debe reflejar los valores del sistema jurídico reformado.
- Debe estar basado en una concepción clara del tipo de abogado, juez u oficial de justicia que se quiere, considerando ideal el sistema reformado.
- Debe apuntar hacia cambios no sólo del conocimiento que debe transmitirse a los estudiantes, sino también de sus habilidades intelectuales y operativas, actitudes, valores y creencias.
- Debe ser organizado de tal forma que alcance objetivos estratégicos claramente especificados a través de formas variadas, efectivas y eficientes.
- Debe adecuarse a una propuesta específica de enseñanza y administrarse por patrones claramente descritos.
- Debe dirigirse a todos los usuarios y operadores del sistema legal.
- Debe ser un verdadero sistema con todas las partes conectadas para realizar un buen desempeño.
- Debe entrelazar sus elementos con otros del proceso de reforma del poder judicial.
- Debe constituirse a partir de la estructura existente en el sistema educativo y garantizar su continuidad y mantenimiento.
- Debe tener el apoyo de todos los profesionales, así como de las autoridades gubernamentales. (Rowat, 1995: 115)

Pero eso no es todo. Teniendo en cuenta que el elemento central para un ambiente estable político y económico es el Estado de derecho, el poder judicial desempeña un papel fundamental en ese proceso. Debe ser un poder judicial confiable, que haga procesos justos y de justicia sustantiva.

Otros atributos importantes para un sistema sólido son: un poder judicial independiente y estable, consistencia en el trato para todos, resultados previsibles y operaciones judiciales efectivas y oportunas. Para incorporar esos valores y características, el sistema educativo debe ser abierto, accesible a todos, justo en el trato que da a los que lo estudian y diseñado para promover el aprendizaje (Rowat, 1995: 115).

En un sistema educativo creíble, las admisiones deben basarse en criterios de igualdad dados a todos los inscritos. El acceso a la educación es un aspecto del acceso a la justicia. Los miembros de los grupos excluidos y no representados debidamente dentro del sistema legal por esa razón deben ser estimulados para que intenten entrar en la carrera.

El currículo debe promover ideales tales como la independencia del poder judicial, el acceso a la justicia, un proceso justo, una justicia sustantiva, la representación efectiva y un comportamiento ético (Rowat, 1995: 115).

En suma, el sistema educativo debe reflejar los objetivos y los valores del propio sistema jurídico. La planeación educativa debe incluir mecanismos que posibiliten enfrentar las necesidades de las personas particulares, de los oficiales de justicia, de los abogados y jueces, porque un sistema legal estable y confiable debe ser comprendido por todos los que lo utilizan y no sólo por los profesionales del área.

Debe darse una atención considerable para garantizar que el sistema educativo refleje los valores del sistema legal reformado si la intención real es integrar ambos sistemas –jurídico y educativo– a la realidad social.

Debe tenerse claro cómo ve a su juez el sistema jurídico de un país, ya que eso afecta el tipo de educación y especialización que le serán entregados. Ese es un punto interesante: cómo la población y los propios jueces del país se ven a sí mismos: como órganos de poder, instrumentos de aplicación neutros y distantes de la realidad social, o como agentes productores de esa realidad. También es interesante ver que en los últimos años se han desarrollado en el país investigaciones serias en búsqueda de datos que diseñen ese perfil³³.

Sobre los abogados también deben hacerse preguntas tales como (Rowat, 1995: 116): ¿qué tipo de abogados desea la sociedad brasileña? ¿Deben ser vigilantes, conscientes, activistas de intereses específicos? ¿De qué forma deben ver al derecho? ¿Deben ser esencialmente especialistas técnicos que aplican el derecho y sus procedimientos al caso concreto? De una forma similar, ¿son los oficiales de justicia los servidores públicos de

³³ Las investigaciones hechas por el Instituto Universitario de Investigación del Estado de Rio de Janeiro (IUPERJ), bajo la responsabilidad del profesor Luis Werneck Vianna, y pedidas por la Asociación de Magistrados Brasileños (AMB), dan informaciones hasta entonces nunca conocidas en Brasil sobre los jueces. Ver: Vianna, 1997.

la justicia dotados de conciencia de su deber para ayudar al público? o ¿son quienes mantienen recursos cuidadosamente regulados en pro del beneficio de los que están en el poder?

Para que la educación se constituya de hecho en un éxito en el auxilio de la implantación de la reforma judicial se necesita que enseñe “conocimiento legal, habilidades y actitudes”, haciendo del conocimiento algo poderoso. El currículo debe contemplar esas tres categorías de la siguiente manera (Rowat, 1995: 117):

- Conocimiento: teoría jurídica, derecho sustantivo, derecho procesal, convenciones y prácticas, disciplinas auxiliares (finanzas, negocios, sociología, psicología), disciplinas de apoyo (literatura y lenguaje, historia, filosofía), contextos y asuntos que se relacionen con el derecho (*accounting*: fiscalización, comercio, criminología, vida familiar), conocimientos sobre tecnologías y gerencia.
- Habilidades: habilidades intelectuales (análisis, síntesis, evaluación), habilidades para resolver problemas (entrevistar, aconsejar, negociar, mediar, abogar, escribir, diseñar, presentar, usar la tecnología, administrar).
- Actitudes, valores y creencias: integridad, honestidad, espíritu cívico, libertad, igualdad, justicia, equidad, derechos, obligaciones, intereses.

Finalmente, la educación debe ser “estratégica, sistemática, de calidad y universal”.

- Estratégica significa “dirigida hacia el logro de los objetivos específicos”.
- Un abordaje sistemático significa “comprensiva, adecuada a un contexto, de manera ordenada”.
- La calidad acarrea “un cierto grado de adecuación a la propuesta y al mantenimiento de patrones claramente definidos para ambos procesos y productos”.
- Universal sugiere que el “programa educativo va al encuentro de las necesidades de todo el mundo en un sistema jurídico de los particulares a los jueces y a los políticos”.
- Un sistema de justicia con calidad requiere de una educación de calidad y de un entrenamiento que la garantice y que promueva su efectividad. Esa calidad impone la promoción de ambas: productividad y *accountability* (Rowat, 1995: 117).

En lo que se refiere al proceso de selección de los candidatos al curso de derecho, la propuesta del Banco Mundial expresa lo siguiente (Rowat, 1995: 112): la decisión de una admisión se debe analizar desde diversos criterios: estudio del derecho, práctica del derecho, práctica jurídica, etc. Un sistema de admisión para la educación debe estar limitado a aquellos

que, dados los recursos para los estudios –tales como estructura básica, libros y cuerpo docente calificado– puedan transformarse en algo que prepare adecuadamente para las carreras deseadas. Pero las facultades de derecho no pueden restringirse a los que tienen la intención de practicar lo. Los que no poseen el lenguaje y otras habilidades necesarias en la admisión pueden tener una ayuda especial para facilitar el estudio del derecho.

Para los que ya se graduaron y están en el ramo es necesaria una actualización continua: 1) Porque el derecho continúa creciendo rápidamente y por eso el conocimiento de los practicantes a menudo se atrasa aun antes de que ellos hayan completado el curso de derecho. 2) Además de eso, el movimiento de los consumidores ha forzado a los profesionales a hacerse más responsables de la calidad de los servicios que ofrecen. 3) Como la necesidad de servicios jurídicos creció con los cambios legales y el desarrollo económico, los abogados comenzaron a especializarse más. 4) La implantación de la Educación Jurídica Continuada, sistema adoptado en los Estados Unidos bajo la designación de CLE (Continuing Legal Education), puede utilizarse para suplir deficiencias de la educación anterior. Algunas jurisdicciones han recurrido al CLE para remediar deficiencias vistas en los abogados que han producido por debajo del mínimo esperado (Rowat, 1995: 123).

Ninguna enseñanza jurídica puede prosperar sin una producción jurídica local. Para un desarrollo social, económico y jurídico apropiados, los cambios deben documentarse y diseminarse de una forma amplia, general. No debe haber baches en los materiales básicos (legislaciones, decretos, códigos, etc.). En caso de que los haya se debe trabajar de forma intensa para suplir esa deficiencia a través de la producción y actualización de textos, códigos comentados y manuales (Rowat, 1995: 124).

Se concluye afirmando que la educación es sólo un elemento, aunque fundamental, para el programa de desarrollo en la profesión jurídica. Los profesionales del derecho tienen el deber institucional de promover y preservar el Estado de derecho, proteger a los ciudadanos de individuos y gobiernos que buscan ventajas contrarias a la ley y de resistir a los actos ilegales e injustos.

Descentralización de la administración jurídica

Un último aspecto de la reforma del poder judicial señala la estructura organizadora, la gerencia y administración de las cortes. Casaus *apud* Rowat (1995: 59) identifica algunas deficiencias y debilidades en las tres áreas que impiden la efectiva administración de una justicia rápida, eficiente e igualitaria. Esas deficiencias y debilidades incluyen:

- a) Problemas de organización: Representación legal inadecuada, falta de habilidad de los litigantes al representarse a sí mismos, recursos financieros inadecuados, deficiencias en el proceso presupuestal, falta de recursos bibliográficos, falta de confianza pública en el

sistema judicial, corrupción excesiva, tasas judiciales excesivas o inadecuadas, registros civiles, comerciales y de propiedad ineficaces, falta de adecuación al tratar con los depósitos judiciales, control excesivo del proceso judicial por los abogados de la defensa, falta de descentralización apropiada, falta de condiciones físicas básicas que contribuyan al buen funcionamiento de la corte, ausencia o poco uso de mecanismos alternativos de solución de los conflictos.

- b) Problemas de gerencia: Uso excesivo e inapropiado de los recursos de personal, falta de programas apropiados de entrenamiento, compensación inadecuada, falta de uniformidad en los procedimientos, objetivos y registros; estadísticas judiciales imprecisas y dudosas, planeación inadecuada, uso impropio de las estadísticas como instrumentos para planear, evaluar y realizar el presupuesto; fallas al elaborar códigos legales y procesales de fácil evaluación, falta de funcionarios que garanticen la seguridad de las cortes, falta de criterio en el trabajo de distribución de los casos causando exceso de procesos.
- c) Problemas administrativos: creciente atraso en la distribución y en el consecuente juicio de los procesos, falta de control y seguimiento de los casos distribuidos, uso ineficaz del tiempo de los jueces en cuestiones no jurídicas, excesivo número de prisioneros que esperan su juicio por un periodo demasiado largo, uso inadecuado de las tecnologías modernas, procesos condicionados a unas condiciones e instalaciones pésimas, conservación inapropiada e ineficaz de las pruebas recogidas en los procesos.

Lo anterior ocurre, expresa en Banco Mundial, porque los que ejecutan las tareas administrativas, de gerencia y organización son los propios jueces. Pero la complejidad del sistema aumentó y los jueces no se han mostrado capaces de responder a ambas funciones de manera eficaz. Pierden tiempo resolviendo actividades administrativas, mientras los oficiales de justicia, los practicantes del derecho y otros empleados –no sólo no calificados sino también no autorizados– tratan con la mayoría de los juicios, investigaciones, declaraciones y preparación de sentencias.

En América Latina hay una tendencia a considerar “reformadas” administrativamente a las cortes por haber introducido computadores para aliviar el atraso en los casos y los problemas de falta de personal (Rowat, 1995: 60), o por haber sido implantados nuevos códigos, reduciendo las posibilidades de cambio a consideraciones meramente legalistas. Hacen eso sin que sean insertados los reajustes administrativos necesarios que puedan solucionar los problemas detectados en las tres áreas: de organización, administrativa y de gerencia. Algunas propuestas de reforma en esas áreas serán vistas ahora.

En lo que atañe a los problemas de organización presentados se hicieron algunas propuestas. Al tener en cuenta que los jueces administran sus casos de manera independiente, a través de la asistencia de un grupo de funcionarios y con ello no asocian sus recursos para ejecutar responsabilidades comunes, produciendo economía de gastos, una salida sería la descentralización del sistema judicial para permitir que la administración funcione efectivamente. De esa forma los jueces, aun en las capitales, deben usar sus propios fondos para obtener los recursos básicos que necesitan para operar.

El problema de la descentralización es que está asociada a la pérdida de poder. Empero es más eficaz y garantiza una mejor utilización de los recursos (Rowat, 1995: 60).

Para garantizar la debida transparencia de los gastos realizados por ese sector, dar transparencia y disminuir la posibilidad de corrupción, la delegación y la *accountability* –que son conceptos recientes en todos los sectores del gobierno– se deben aplicar también al poder judicial. Los profesionales necesitan delegar autoridad para ejecutar sus responsabilidades, pero al mismo tiempo deben garantizar que no ocurran errores excesivos en esas ejecuciones.

Como las cortes latinoamericanas no poseen instituciones dedicadas a entregar informaciones sobre sus actividades a otros sistemas de justicia, esto debería implantarse de inmediato. El beneficio es evidente visto que las cortes tratan con problemas semejantes tales como alcanzar mayor independencia, garantizar mayor transparencia en los procedimientos, reducir atrasos y tardanzas procesales y mejorar la administración de las cortes. Es necesario usar las informaciones para tomar decisiones administrativas mejor fundamentadas, además, el intercambio de información ayudaría a resolver problemas en común.

Las cortes no poseen administradores especializados, profesionales entrenados con formación en administración pública y experiencia en sectores fuera del jurídico, siendo los propios jueces quienes ocupan tales cargos teniendo como criterio por ejemplo la edad. Es necesaria una administración profesional que permita introducir una planeación efectiva. En la actualidad responden a las crisis en lugar de planear un largo periodo de crecimiento y desarrollo. No realizan procedimientos que busquen establecer prioridades para la reforma y con eso preparar los recursos en función de tales prioridades.

La salida es revisar la estructura organizacional y procesal de tal forma que se libere a los jueces de las actividades administrativas, principalmente a través de la utilización de gerentes y administradores profesionales. Sin embargo, esa medida encuentra resistencia porque los jueces creen erróneamente que perderán su autoridad si delegan esta función a otros profesionales. Su equivocación está en pensar que tales profesiona-

les están allí para evaluarlos y supervisarlos, y no para apoyarlos (Rowat, 1995: 60).

Tradicionalmente el sistema judicial está estructurado en tres niveles: la Corte Suprema, las Cortes intermedias de apelación (tribunales regionales, federal y de los estados en la justicia ordinaria) y los juzgados de primera instancia que poseen jurisdicción general y limitada. Es una administración centralizada que provee servicios de apoyo para todo el sistema judicial de un país lo que incluye apoyo administrativo, servicios centralizados para el personal, planeación, estadística, finanzas, presupuesto, entre otros. Una sugerencia hecha por el Banco Mundial en el sentido de mejorar el funcionamiento de las cortes es tratar a cada corte como a una isla, autónoma y eficiente. Con esa reestructuración administrativa debería haber una reestructuración del personal que busque el mayor aprovechamiento de los funcionarios y en esa nueva situación el juez no ejercería funciones de orden administrativo.

Se ofrecen tres modelos de corte para ser estructurados con las características expuestas antes:

Primer proyecto. Modelo individual de corte. En este modelo debería haber un juez, un oficial de justicia y un grupo administrativo autorizado. La responsabilidad general por la corte permanece en el juez, pero el oficial de justicia asume el control sobre todas las operaciones y funciones administrativas, excepto las que sean específicas del juez. Antes que cualquier operación sea introducida al computador, todos los procesos administrativos y operacionales son identificados y se establece un control apropiado para la distribución de los procesos, registros e informaciones públicas. Una vez cumplido esto, la informatización puede hacerse para disminuir los costos y aumentar la eficiencia operacional de la corte.

Segundo proyecto. Modelo corporativo de la corte. En este modelo las responsabilidades administrativas comunes a las cortes de una misma jurisdicción, localizadas en el mismo edificio, son hechas por un grupo supervisado por un administrador de la corte que coordina la responsabilidad junto con un juez que es el presidente de la misma. La oficina presta el servicio administrativo y operativo a todos los jueces. El énfasis se da aquí a la transferencia de servicios administrativos de los jueces a los funcionarios competentes. Como en el caso anterior, la automatización sólo se realiza después de que se hagan los procedimientos manuales de forma eficiente.

Tercer proyecto. Modelo unificado de corte. Similar al segundo, pero incluye cortes de todas las categorías: federales, de los estados, de primera y segunda instancia, laborales, de familia, etc., localizadas en un mismo edificio.

La simple transformación de los códigos procesales o un nuevo diseño institucional no es lo que hará eficiente los cambios en el poder ju-

dicial. Se necesita de una nueva cultura de gobierno y de administración. Ellas no poseen ni la capacidad de organización ni la planificación para ejecutar programas a gran escala como lo que la reforma procesal sugiere. La reforma requiere de muchos años de entrenamiento y análisis para que pueda desarrollarse de una manera eficaz.

Especificidades del poder judicial brasileño en el contexto de la reforma propuesta³⁴

Hay una crisis que ha atravesado el poder judicial brasileño a lo largo de las últimas décadas. Durante el régimen militar se hicieron algunos esfuerzos tendientes a mejorar ese sector: fue implantada la reforma judicial de 1977. Sin embargo, con esa reforma no se lograron identificar correctamente las necesidades reales del sector y el resultado fue un cambio superficial.

Pero muy recientemente, el poder judicial se vio en el centro de la discusión sobre la necesidad de reformarse. Sólo que esta vez los sectores externos a él exigen esos cambios: el sector político, la comunidad económica junto con los medios de comunicación que se encargaron de divulgar esa crisis a la población. La exigencia de todos los sectores es la misma: es necesario transformar el poder judicial en una institución rápida, ágil y eficiente.

Sólo que antes de poner en marcha la reforma en Brasil, primero se debe mirar la estructura existente en el país y a partir de ella sacar los puntos que deben alterarse. El siguiente aparte pretende ofrecer un perfil de esa institución en Brasil.

La estructura judicial en el país está compuesta por la justicia ordinaria, tanto de los estados como la federal, y las justicias especializadas: electoral, militar y laboral. Los tribunales superiores equivalentes a los más altos tribunales en la estructura jurídica son: el Supremo Tribunal Federal cuya función es proteger la Constitución, y el Tribunal Superior de Justicia. También son tribunales superiores, aunque jerárquicamente inferiores al STF y al TSJ, el Tribunal Superior del Trabajo, el Tribunal Superior Militar y el Tribunal Superior Electoral. En el nivel federal existen también las Cortes de Apelación, denominadas Tribunales Regionales Federales, que están divididas en cinco regiones del país.

Los jueces se seleccionan por medio de un concurso público compuesto por exámenes objetivos sobre distintas materias y organizados en diversas etapas: a) examen inicial, b) exámenes escritos y orales, y c) una entrevista personal. Durante los exámenes se hace una investigación acerca del pasado vida del candidato. Para hacer parte de algunas Cortes se debe

³⁴ El responsable fue José Renato Nalini quien presentó los aspectos de la realidad judicial brasileña en la Conferencia (Rowat, 1995: 172-174).

respetar el límite de edad: en algunos casos la corte requiere que el seleccionado tenga al menos 23 años y un máximo de 45 años.

Después de la Carta de 1988, distintos estados del país exigen que el candidato a la magistratura, luego de que se gradúe en derecho, haga un curso preparatorio a la carrera ofrecido por las Escuelas de Magistratura, cuyos profesores en muchos casos son los magistrados de los tribunales que estarán entrevistando a los candidatos en la etapa c) del concurso.

En lo que se refiere a los problemas enfrentados por el poder judicial se tiene lo siguiente: para la población brasileña una de las mayores quejas es que el poder judicial es muy lento. Además de eso, las cortes se ven como altamente secretas, complicadas, inaccesibles y con altos costos.

Las sugerencias para remover esas deficiencias son las siguientes:

- a) Implantación de nuevas tecnologías que lo hagan más productivo, mejorar la calidad de sus servicios y disminuir sus costos. Los esfuerzos se deben dirigir a elaborar nuevas tecnologías de computadores que contribuyan específicamente para este servicio. Al hacer esto estarán contribuyendo también para la mejoría del control de calidad de los servicios prestados.
- b) En la enseñanza jurídica es esencial realzar esas prioridades por un producto que obtenga calidad total.
- c) Finalmente, los costos deben controlarse. Los recursos entregados por el gobierno brasileño necesitan ser bien administrados por las cortes. En ese sentido, el mayor desafío de las cortes brasileñas es ampliar el acceso a la justicia a los pobres que son ampliamente excluidos de ese servicio público esencial.

Otro punto señala al derecho procesal brasileño. La dimensión geográfica, sumada a la gran heterogeneidad del país, son factores que obstaculizan el sistema procesal único instituido en el país por el Código de Procesamiento Civil. Esto porque las diferencias entre regiones como la Amazonia y Sao Paulo son clarísimas. Por esto los estados de la federación deberían ser estimulados para que promuevan reformas que atiendan las peculiaridades locales y regionales, poniendo en acción un sistema único de procedimientos para la justicia brasileña.

El cúmulo de procesos en las cortes debe solucionarse por medio de la expansión de las justicias especializadas, tales como las que ya fueron instituidas: Juzgados Especiales de Pequeñas Causas y Cortes de Conciliación. Esas cortes pueden permitir una administración de justicia más rápida y barata que las cortes formales ya existentes.

El derecho penal también podría crear juzgados especiales para solucionar más rápidamente pequeñas infracciones penales. El país no ofrece restricciones en términos legales para la implantación de esos juzgados especializados.

El paso más importante para mejorar el poder judicial brasileño está en la preparación de los jueces. Ellos deben ser profesionales altamente calificados, cuyas cualidades y formación anterior los hagan aptos para transformar el poder judicial en un servicio público eficiente y moderno.

En este sentido, la enseñanza en el país ha sido débil en todos los niveles, desde la primaria hasta la universidad. El resultado es una legión de jóvenes graduados no aptos para ejercer la profesión con calidad. Por esa razón se crearon las Escuelas de Magistratura que han ofrecido un progreso sustancial en la cualificación de los jueces. Pero esto no es suficiente. Es necesario unir esfuerzos con las universidades para que se cree un nivel más similar y apropiado de los bachilleres en derecho. Una propuesta más osada sería la creación de un curso "ideal" de estudios jurídicos, mantenido por el propio poder judicial, para la cualificación de los jueces.

No puede excluirse de esta discusión la cuestión ética. El poder judicial brasileño vive una crisis moral, ambigua e incierta, crisis que envuelve al ejecutivo, al legislativo y a la sociedad. Un consenso en las cuestiones éticas es esencial para una mejor administración de la justicia.

Desde luego que las inversiones que busquen mejorar la metodología de reclutamiento y la educación de los jueces es el método más eficiente para contribuir con la reforma del poder judicial. Esto garantizará una *performance* moralmente impecable de los profesionales desde luego fundamentales en la construcción de un Estado de derecho y en la garantía democrática.

Algunas consideraciones finales

La implantación de las reformas institucionales en los países de América Latina hace parte de un proceso político ocurrido a lo largo de la década de los noventa: la reformulación del Estado y de sus instituciones, tratadas como elementos esenciales para la consolidación de la democracia en esos países.

Esas reformas tienen impacto directo en las instituciones político-jurídicas establecidas en la modernidad, en la medida en que le dan otra dimensión a la relación entre los tres poderes: el ejecutivo pasa a ejercer simultáneamente un papel de control, de dirección, de coordinador y de planeación. Los poderes legislativo y judicial, lejos de constituirse en los frenos y contrapesos de la aludida teoría de Montesquieu, comparten esa manera apática y resignada.

Acostumbrado hasta entonces a quedar en un segundo plano en el escenario político nacional, y oscurecido por el ejecutivo, la constante exposición pública sufrida en los últimos años por el poder judicial evidenció su falta de preparación al tratar con esto, lo que contribuyó para el desgaste de su imagen frente a la población.

Tal falta de preparación refleja la encrucijada en la cual se encuentran los juristas en el momento actual. Herederos de una cultura liberal que

mantiene la relación del Estado moderno y de su derecho como instituciones positivas y legítimas que no sólo aplican el derecho de una forma igualitaria entre los ciudadanos, sino que también dan seguridad jurídica a las decisiones judiciales, asisten en el plano de las prácticas judiciales a una reorientación de las instituciones de reproducción y producción del derecho: del legislativo y el judicial.

Desde el punto de vista jurídico, la reorganización de ese nuevo conjunto de normas bajo la forma de una tela legislativa, si por un lado provoca el debilitamiento del sistema normativo jerarquizado, típico de la constitucionalidad y de la teoría jurídica normativa del siglo XIX forjada por el Estado liberal, por otro lado produce una corrosiva inflación jurídica cuya aplicación efectiva por el poder judicial se traduce en impracticable.

Desde el punto de vista político, la contradicción se hace más clara y evidente. Es esencial modificar las instituciones para el fortalecimiento de la democracia en los países en cuestión. Dentro de ese contexto, el poder judicial necesita hacerse rápido, ágil y eficiente, características constantemente repetidas a lo largo del texto, para hacer posible el fortalecimiento del Estado de derecho. Con ello se contribuye para que el Estado brasileño se haga atractivo a la instauración del capital internacional.

No se puede negar que el poder judicial brasileño se encuentra desgastado ante la población. La investigación hecha por el Ibope es la confirmación de eso. Los datos no difieren de los encontrados en Argentina. Tales países comparten el sentimiento de "inseguridad" de la población ante su justicia. Los problemas surgidos son muy semejantes: la lentitud, el trato desigual de todos ante la ley, la falta de confianza en la institución. Es así como ellos muestran la presencia de problemas comunes en las dos instituciones.

Necesariamente la solución de esos problemas no presupone adoptar el mismo camino. Argentina optó por las propuestas hechas por el Banco, cuya evaluación fue publicada recientemente. El primero de junio de 2000, Brasil aprobó la enmienda constitucional que señala reformas en la estructura judicial. ¿Existen semejanzas entre la propuesta y la "cartilla" del Banco Mundial? No es posible afirmarlo. Esto requiere de un estudio más cuidadoso³⁵.

Los argumentos presentados por la agencia multilateral de financiación son contundentes. Los mercados requieren seguridad jurídica en las decisiones judiciales y la preocupación de la reforma está centrada en un determinado tipo de estructura judicial que garantice la eficiencia, la

rapidez y la economía para un sujeto específico aunque para eso recurra a los derechos humanos. Se condiciona la consolidación democrática a las modificaciones en la estructura institucional y no sólo en la judicial. Pero para que la reforma se dé, el nuevo modelo de poder judicial debe involucrar jueces, magistrados, abogados y, por extensión de esa continuidad, la enseñanza jurídica. No por casualidad hay instituciones que sustentan la reproducción de un modelo de dogmática que se mantiene hace ya un siglo.

Para el Banco Mundial un poder judicial que cumpla con todos los requisitos presentados está capacitado para promover el crecimiento comercial y financiero de la región, garantizando con eso la continuidad de las inversiones que se harán, inclusive por el propio Banco. Pero lo que se tiene son instituciones públicas débiles y problemáticas, incapaces de responder satisfactoriamente a esos desafíos del desarrollo y es esencial que sean reformadas.

En nombre de la consolidación democrática se exige un poder judicial que dé seguridad jurídica en sus decisiones, que dé respuestas eficaces en un corto plazo de forma ágil y económica, que garantice el acceso a la justicia de la comunidad pobre y de los excluidos, que se transforme en instituciones autónomas, independientes y transparentes; que proteja de forma efectiva los derechos humanos, que contribuya de manera satisfactoria al crecimiento económico de la región y que fortalezca el Estado de derecho.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora es posible retomar la hipótesis propuesta al comienzo y confirmar que en la función declarada están: a) la ampliación del acceso de la población a una justicia más rápida, veloz y ágil para la garantía final de los bienes jurídicos universales; b) una mayor previsión y uniformidad posibles de las decisiones judiciales y c) que en la aplicación igualitaria de la ley –decisiones iguales para casos iguales–, que garantiza la seguridad jurídica y por extensión la justicia de las decisiones, esté contenida la función real de mantener un paradigma científico que al integrar el proyecto de la modernidad, garantice la continuidad del modo de producción capitalista.

El contrapunto de esa exposición reside en la relativa y en cierta medida aterradora ausencia de referencias a la problemática que envuelve al sistema de justicia criminal tales como las comisarías, las distintas policías, el sistema carcelario, la justicia. Sólo son dos los momentos en que se hace una referencia al asunto: 1) cuando son expuestos los problemas y deficiencias de las cortes latinoamericanas y uno de los problemas administrativos presentados es el número excesivo de prisioneros esperando por un juicio después de un largo periodo de tiempo (Rowat, 1995: 59), pero no se presenta ninguna propuesta práctica para solucionar dicho problema; o 2) cuando se hace una referencia al problema del cúmulo de procesos en las cortes, la solución ofrecida es la expansión de las justicias especializadas que para el caso penal ofrecerían respuestas más rápidas para pequeñas infracciones (Rowat, 1995: 174).

En ese sentido se inició en enero de 2000, en el Cebrap, un proyecto que busca realizar un estudio comparativo entre la propuesta de reforma del poder judicial elaborada por el Banco Mundial, y las propuestas hechas 1) por la Orden de los Abogados de Brasil, 2) por la Asociación de Magistrados Brasileños y 3) la propuesta de reforma del poder judicial recién aprobada por el parlamento brasileño, contenida en la PEC 96/92. El objetivo de ese estudio es verificar la existencia de algún grado de compromiso entre esas tres propuestas brasileñas y la del Banco Mundial.

Estas conclusiones, si por un lado señalan aspectos sobre la fragilidad de las instituciones brasileñas, por otro revelan la importancia del poder judicial como agente en la construcción de la democracia. Si existen deficiencias en esta democracia, existe también espacio para que aquellas se desarrollen, se reinventen y se reformen. Espacios como este contribuyen para la consolidación y el fortalecimiento de las instituciones democráticas en la medida en que denuncian esas fragilidades, buscando con esto no el efecto inmediato que tales críticas provoquen, o confirmar el descrédito de estas instituciones, sino más bien señalarlas como elementos importantes para la construcción de democracias sólidas. Este, es el propósito final de este trabajo.

Bibliografía

Documentos

República Federativa del Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acción directa de inconstitucionalidad No. 605/DF. Relator: ministro Celso de Mello. Demandante: partido democrático laboral. Juzgada el 23/10/91.

Periódicos

Folha de Sao Paulo, "STF derrumba Bolsa y hace subir el dólar", 01/10/99, pág. 2-1.

Folha de Sao Paulo, "STF y Espados Unidos ponen nervioso al mercado", 14/04/00, pág. 2-10.

O Estado de Sao Paulo, "92% de los brasileños consideran lenta a la justicia", 24/03/99, extraído del sitio electrónico del periódico: www2.estado.com.br

O Estado de Sao Paulo, "Derrota del gobierno en el STF tumba mercados", 01/10/99, pág. B-1.

O Estado de Sao Paulo, "Supremo debe mantener decisión de corregir FGTS". 15/04/00, pág. B-7.

Libros

ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *La ilusión de inseguridad jurídica: del control de la violencia a la violencia del control penal*, Porto Alegre, Librería del Abogado, 1997.

ARANTES, Rogério Bastos, *Poder judicial y la política en Brasil*, Sao Paulo, Idesp, Sumaré, Fapesp, EDUC, 1997.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva, *La Constitución Federal vista por el STF*, Sao Paulo, Juarez de Oliveira, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de derecho constitucional*, Sao Paulo, Saraiva, 20ª edición, 1999.

BURKI, Shahid Javed; Guillermo E. PERRY, (eds.), *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, D.C., World Bank, 1998.

CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. *La Constitución Federal interpretada por el STF*. 4ª edición, Sao Paulo, Juarez de Oliverira, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *El poder de los jueces*, Sao Paulo, Saraiva, 1996.

De SOUZA SANTOS, Boaventura, *De la mano de Alice: lo social y lo político en la posmodernidad*, Sao Paulo, Cortez, 1995.

FARIA, José Eduardo, *derecho y globalización económica: implicaciones y perspectivas*, Sao Paulo, Malheiros, 1996.

FELIPPE, Márcio Sotelo, *Razón jurídica y dignidad humana*, Sao Paulo, Max Limonad, 1996.

KREBS, FERNANDO Aurvalle (ed.), *La reforma del poder judicial*, Curitiba, Jurua, 1999.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America and Post-Communist Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1996.

———, *La transición y consolidación de la democracia: La experiencia del sur europeo y de América del Sur*. Rio de Janeiro, Paz y Tierra, 1999.

MAINWARING, Scott, "Democracy in Brazil in the Southern Cone: Achievements and Problems". Mimeógrafo, University of Notre Dame, Kellogg Institute, Working Paper No. 2, Project Latin America 2000, Series, 1994.

———, Matthew S. SHUGART, (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

MAMELUQUE, Leopoldo, *Privatización: modernismo e ideología*, Sao Paulo, Revista de los Tribunales, 1995.

MARTIN, Elizabeth A. (ed.), *Oxford Dictionary of Law*, 4ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1997.

ROWAT, Malcolm; MALIK, Walled H.; DAKOLIAS, María, *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceeding of a World Bank Conference*, Washington, D.C. World Bank, 1995, World Bank Technical Paper Number 280.

THEODORO Jr., Humberto, *Código de Procedimiento Civil*, 2ª edición, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck et al., *Cuerpo y alma de la magistratura brasileña*, 3ª edición, Rio de Janeiro, Revan, 1997.

WORLD BANK, *World Development Report 1998/1999*, Oxford University Press, 1999.

Artículos y monografías

ARANTES, Rogério Bastos; Fábio KERCHE, "Poder judicial y democracia en Brasil", en Nuevos estudios Cebrap, Sao Paulo, Cebrap, julio/1999, No. 54, págs. 27-41.

BARROSO, Pércio Henrique, "Constituyente y Constitución: Participación popular y eficacia constitucional (1987-1997)", Florianópolis, SC, posgrado en derecho/UFSC, 1997, Disertación de Maestría.

FARO de CASTRO, Marcus, "El Supremo Tribunal Federal y enjuiciamiento de la política", en Revista Brasileña de Ciencias Sociales, Sao Paulo, Anpocs, junio/1997, Vol. 12, No. 34, págs. 147-156.

FIORI, José Luís, "El gobierno democrático en el nuevo orden económico", en Estudios Cebrap, Sao Paulo, Cebrap, noviembre/1995, No. 43, págs. 157-172.

- , “Los falsos monederos”. Rio de Janeiro, Instituto de Economía Industrial, 1995.
- FIUNZA, Ricardo Arnaldo Malheiros, “El poder judicial en Brasil”, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- KAUFMAN, Robert R.. “*Liberalization and Democratization in South America: Perspectives from the 1970’s*”, en: O’Donnell, Guillermo; Schmitter, Philippe C.; Whitehead, Laurence (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1986, págs. 85-107.
- KOERNER, Andrei, “El debate sobre la reforma del poder judicial”, en *Nuevos estudios Cebrap*, Sao Paulo, Cebrap, julio/1999, Nº 54, págs. 11-26.
- LINZ, Juan J.; Alfred STEPAN, “*Toward Consolidated Democracies*”, en *Journal of Democracy*, abril de 1996, Vol. 7, Nº 2, Johns Hopkins University Press, Baltimore, MD, págs. 14-33.
- MAINWARING, Scott, “*Brazil: Weak Parties, Feckless Democracy*”, en Mainwaring, Scott; Scully, Timothy R., *Building Democratic Institutions: Party Systems in Latin America*, Stanford, CA: Stanford University Press, 1995, págs. 354-398.
- MARCH, James G.; Johan P. OLSEN, “*The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life*”. en *American Political Science Review*, Nº 78, septiembre/1984.
- O’DONNELL, Guillermo, “¿*Democracia delegada?*”, en *Nuevos estudios Cebrap*, Sao Paulo, octubre/1991, Nº 31, págs. 25-40.
- , “*Transitions, Continuities and Paradoxes*”, en O’Donnell, Guillermo; Valenzuela, Arturo y Mainwaring, Scott (eds.), *Issues In Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspectives*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1992, págs. 17-56.
- , “*Sobre el Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales*”, en: *Nuevos estudios Cebrap*, Sao Paulo, Cebrap, julio/1993, Nº 36, págs. 123-145.
- , “*Illusions about Consolidations*”, en *Journal of Democracy*, Baltimore, MD, Johns Hopkins University Press, abril/1996, Vol. 7, No. 2, págs. 34-51.
- TORRE, Juan Carlos, “*El seguimiento político de las reformas*”, en *Luna Nueva*, revista de Cultura y Política, 1996, Nº 37, págs. 57-76.
- TURA, Marco Antônio Ribeiro, “*Caos institucional y autocracia social: consideraciones sociojurídicas sobre el gobierno de Fernando Henrique Cardoso en el periodo 1995-1996*”. Florianópolis, SC, posgrado en derecho/UFSC, 1998, disertación de Maestría.

Direcciones electrónicas utilizadas

- Asociación de los Magistrados Brasileños: www.amb.com.br
 Cámara de los Diputados: www.camara.gov.br
 Ministerio de Justicia: www.mj.gov.br
 O Estado de Sao Paulo: www2.estado.com.br

Orden de los Abogados de Sao Paulo: www.oab-sp.org.br

Carlos Velloso rebate opinión de los que están contra la independencia del poder judicial. *Fuente*: STF, 30/07/99.

“Banco de Datos del poder judicial comienza a funcionar el lunes”. *Fuente*: STF, 06/08/99.

“Presidente del TSJ defiende reforma pero se opone al control externo”. *Fuente*: TSJ, 13/08/99.

“Sálvio de Figueiredo defiende cambio en la elección de jueces”. *Fuente*: TSJ, 19/08/99.

“Magistrados (Colegio de Corregidores) defienden aprobación inmediata de la reforma del poder judicial”. *Fuente*: TSJ, 26/08/99.

“Presidente del TSJ da inicio a la ‘política de calidad’ en el tribunal”. *Fuente*: TSJ, 03/09/99.

“ACM defiende control externo del poder judicial”. *Fuente*: Senado Federal, 14/09/99

“Avance en la reforma del poder judicial - Evaluación de la OAB/SP”. *Fuente*: Oficina de Prensa de la OAB/SP, 16/09/99.

“TSJ firma acuerdo con Banco del Brasil para proyecto de calidad”. *Fuente*: TSJ, 29/09/99.

“Es aprobada reforma del poder judicial en segunda vuelta”. *Fuente*: Cámara Federal, 01/06/00.

Senado Federal: www.senado.gov.br

Supremo Tribunal Federal: www.stfgov.br

World Bank: www.worldbank.org

En busca de justicia en los tiempos de las reformas judiciales: estudios de caso en Colombia, Perú y Venezuela

LUIS CARLOS ARENAS*

GABRIEL IGNACIO GÓMEZ**

Introducción

Las últimas dos décadas se han caracterizado por ser un periodo de múltiples transiciones políticas, económicas y sociales en varios países de América Latina. La década de los ochenta fue un tiempo de lucha por la democracia y la igualdad social en contra de los regímenes autoritarios que varias sociedades latinoamericanas tuvieron que padecer en medio de un contexto internacional polarizado políticamente. Por ejemplo, las tensiones sociales y políticas que surgieron en Centroamérica, y que se manifestaban en el conflicto entre movimientos subversivos y regímenes autoritarios tradicionales, eran afectadas además por el contexto político de la guerra fría. El temor del gobierno de Estados Unidos sobre la posible expansión del proyecto socialista en América Latina, de un lado, y la ilegitimidad de los regímenes autoritarios de derecha, del otro, tuvieron como resultado la introducción de “proyectos de democracia” en la región y la necesidad de prestar atención a la situación de los derechos humanos. Al comienzo de los años noventa, los cambios en el contexto internacional, y el surgimiento de un acuerdo general entre las naciones industrializadas sobre un proyecto consolidado de democracia y de reformas legales y judiciales como manera de fortalecer el crecimiento económico y la estabilidad política, parecían representar el comienzo de un periodo de globalización del derecho y de la democracia.

El proceso de globalización de la democracia y del derecho, como lo explica Boaventura de Sousa Santos, es la expresión del consenso entre los países desarrollados sobre cuatro elementos fundamentales: el modelo económico neoliberal, el Estado débil, la democracia liberal y el modelo de

* Abogado, estudiante de maestría en la Universidad de Wisconsin-Madison, E.U.

** Abogado, profesor de las Universidades de Antioquia y San Buenaventura, en Medellín, Colombia.

Rule of Law (régimen o Estado de derecho)¹. Sin embargo, el proceso de expansión de este consenso en los países semiperiféricos –en este caso en los países Latinoamericanos– conduce a encarar varias contradicciones. Por ejemplo, durante los años noventa los países latinoamericanos enfrentaron, por un lado, viejos conflictos locales y nacionales que no habían sido resueltos en el pasado y, por otro, la presión de organismos transnacionales que han buscado un mejor ambiente para los negocios². Ante estas circunstancias, la búsqueda de democracia y del régimen de derecho surge nuevamente como un problema crucial para afrontar en los próximos años, y cuyas repercusiones se extienden a los ámbitos teórico y práctico.

Desde una perspectiva teórica, se ha planteado la contradicción entre dos modelos. El primer modelo sugiere una concepción instrumental basada en la idea de que la democracia es un sistema de competitividad entre partidos políticos que buscan obtener el favor del electorado³. De otra parte, emerge la necesidad de diseñar un modelo alternativo que incluya un nivel mínimo de igualdad social. Por ejemplo, O'Donnell sostiene que el presupuesto de la autonomía de los individuos no es suficiente para lograr un sistema democrático; deben existir recursos suficientes que permitan a los individuos gozar de esa autonomía⁴. En una posición similar, Santos distingue dos modelos-tipo de democracia. En el primer modelo el valor de la libertad prevalece sobre el valor de la igualdad. En el segundo, se hace un esfuerzo para conseguir el equilibrio entre libertad e igualdad⁵. Estos intentos por dilucidar el alcance de la democracia se extienden al cuestionamiento sobre el sistema judicial en la medida que el conjunto de leyes y valores que dan forma a este sistema desarrolla principios políticos relacionados con un concepto específico de democracia.

Pero además del concepto de democracia, la noción de Rule of Law (régimen de derecho) es igualmente una expresión problemática. Aunque se acepta la idea de Rule of Law –en oposición a Rule of Men (régimen de los hombres)– como la existencia de un conjunto de reglas generales y de un sistema judicial confiable capaz de proteger los derechos de los ciudadanos contra el abuso del poder, en la jurisprudencia anglosajona existen

Boaventura de Sousa Santos, "Law and Democracy: (Mis)Trusting the Global Reform of Courts", próximo a publicar por Jane Jenson y Boaventura de Sousa Santos (eds.), *Globalizing Institutions: Case Studies in Social Regulation and Innovation*, Adershot, Ashgate, 2000, p. 412.

² Ibrahim Shihata, "The World Bank" en Jarquin and Carrillo (eds.), *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington DC, 1998, Inter-American Development Bank, John Hopkins University Press, pp. 117-131.

³ Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper & Brothers, 1942, p. 269.

⁴ Guillermo O'Donnell, *Polarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*. Documento presentado en el encuentro de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), Chicago, septiembre, 1998.

⁵ Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*

diversos debates sobre su contenido⁶. Sin embargo, los elementos de la teoría del derecho no son suficientes para descifrar el contenido de los proyectos de Rule of Law promovidos por los organismos transnacionales. Desde una perspectiva sociojurídica, David Trubek ha distinguido dos componentes fundamentales de los programas de reforma legal y judicial. Esta diferenciación puede proporcionar elementos para un análisis más crítico sobre el tema. El primer componente es el Proyecto de Mercado (Market Project) que tiene por objetivo la constitución de un sistema jurídico confiable, capaz de hacer previsibles las decisiones de los jueces y así, fomentar un comercio libre. El segundo componente es el Proyecto de Derechos Humanos, el cual enfatiza la protección de los derechos individuales contra los abusos de poder del Estado⁷.

Con base en estos elementos se pueden formular las siguientes hipótesis iniciales sobre los conceptos de democracia y el modelo de Rule of Law subyacentes en las reformas del sistema judicial en los países latinoamericanos. En primer lugar, el concepto de democracia se restringe a un sistema competitivo de elecciones, basado en el supuesto de que el disfrute desigual de derechos individuales entre los ciudadanos no debe afectar la posibilidad de ejercer los derechos políticos. En segundo lugar, el concepto de Rule of Law enfatiza la existencia de un conjunto de leyes aplicadas por un sistema judicial cuyas decisiones deben proveer seguridad y protección de los derechos individuales para aquellos que puedan disfrutarlos. No obstante, para poder constatar estas hipótesis es necesario ir más allá de los límites del discurso general sobre globalización y Rule of Law, para indagar sobre experiencias en casos específicos. En el escenario complejo y heterogéneo de los países semiperiféricos, la realidad social y la experiencia de las reformas pueden proporcionar nuevos elementos que faciliten la comprensión de los programas de reforma legal y judicial financiados por organismos transnacionales.

Este documento intenta indagar específicamente sobre los proyectos de reforma legal y judicial conocidos como programas de Rule of Law financiados por los organismos transnacionales más importantes en América Latina, así como sobre algunas dinámicas que se producen en los escenarios nacionales donde operan estos programas. Para lograr estos propósitos, este documento se dividirá en cuatro partes. En la primera se estudiará el origen de los programas de reforma judicial y el interés de tres de los organismos financiadores más importantes en estos programas. Las siguientes tres secciones expondrán casos específicos de reforma judicial en tres

⁶ Ver por ejemplo, Allan Hutchinson y Patrick Monahan, (eds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987.

⁷ David Trubek, *Law and Development: Then and Now*, ASIL, Proceedings of the 90th Annual Meeting, Washington DC, marzo 27-30, 1996. Ver también, Joseph Thome, *Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America*, Madison. Documento presentado al encuentro LASA 2000, Miami, Florida.

países latinoamericanos: Colombia, Perú y Venezuela. Cada caso será examinado desde la perspectiva del rol social del sistema judicial, del proceso de transformación del sistema judicial, y del rol de los organismos transnacionales en el contexto general de las reformas del sistema judicial. Estos estudios de caso no pretenden ser un ejercicio de derecho comparado, sino más bien un intento de tener en cuenta elementos comunes y diferencias en medio de una dinámica social compleja.

Los programas de reforma judicial: origen e intereses

Origen y etapas de los programas

El interés por los sistemas jurídicos no es una novedad para algunas entidades internacionales. Su surgimiento se asocia con el contexto político y social del periodo de la guerra fría durante los años sesenta. Para esa época, muchos recursos y esfuerzos se unieron para promover progreso y crecimiento económico en América Latina desde una perspectiva en la cual la idea de desarrollo orientaba la acción institucional. Estos esfuerzos involucraban diferentes campos del conocimiento y de grupos de profesionales. En el caso particular del campo jurídico, su contribución a los programas de desarrollo se conoce como el movimiento "Derecho y Desarrollo", financiado especialmente por la Fundación Ford y la United States Agency for International Development (Usaid)⁸. De acuerdo con Blair y Hansen, los programas llevados a cabo principalmente por la AID se pueden dividir en cuatro periodos⁹. El primero corresponde a los años sesenta, cuando el movimiento "Derecho y Desarrollo" surgió bajo la influencia de la teoría de Max Weber. En este periodo la AID promovió programas de capacitación jurídica en diferentes países de América Latina, los cuales eran ejecutados por jóvenes profesores provenientes de distintas facultades de derecho de Estados Unidos. Posteriormente el programa entró en crisis y fue duramente criticado a finales de los años sesenta y comienzos de los setenta. La segunda fase del programa fue más modesta y se caracterizaba por el interés en programas de acceso a la justicia y de asistencia legal¹⁰. Lo que Blair y Hansen llaman el tercer y cuarto periodo corresponde a los programas denominados de administración de justicia (Administration of Justice -AOJ- programs) y de régimen de derecho (Rule of Law -ROL- programs), los cuales fueron desarrollados durante los años ochenta y noventa respectivamente. Este periodo, que cubre las dos últimas décadas, es el de mayor interés en esta investigación.

⁸ Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice*, Usaid Program and Operations Assessment Report Nº 7, febrero 1994, p. 3.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ James A. Gardner, *Legal Imperialism*, Madison. University of Wisconsin Press, 1982, pp. 3-26.

Programas de administración de justicia durante los años ochenta

Durante la década del setenta y comienzos de los ochenta, la situación política y social en Centroamérica comenzaba a ser inquietante para el gobierno de Estados Unidos. Por un lado, existía la preocupación por las condiciones de pobreza y de distribución desigual de la riqueza, como también por los regímenes políticos autoritarios y exclusionistas en países como El Salvador, Guatemala y Nicaragua. Por otro lado, las demostraciones de descontento popular y el incremento de la violencia política, la represión y el surgimiento de movimientos subversivos, fueron la muestra de un momento de turbulencia política en la región. La intervención política del gobierno de Estados Unidos se intensificó, especialmente después de la revolución nicaragüense. Durante este periodo, la administración Reagan no solamente promovió la ayuda económica a la oposición armada contra el régimen Sandinista en Nicaragua –los Contras– sino que además ofreció asistencia económica mediante «programas de seguridad» para aquellos gobiernos centroamericanos que hubieran sido amenazados por grupos revolucionarios¹¹.

En 1984, luego del asesinato de cuatro religiosas norteamericanas en El Salvador, el gobierno de Estados Unidos instaló una comisión para analizar la situación en Centroamérica y recomendar medidas orientadas a resolver el conflicto político. La denominada Comisión Bipartidista dirigida por el exsecretario de Estado Henry Kissinger, se concentró en tres aspectos: Democracia y prosperidad económica, Desarrollo humano y Aspectos de seguridad. Una de las recomendaciones relacionadas con el componente de Desarrollo humano consideraba que el gobierno de Estados Unidos debía fortalecer la ayuda a los sistemas judiciales en Centroamérica¹². El interés por el sistema judicial se debía a que solamente por medio de un poder judicial fuerte era posible solucionar los conflictos de los ciudadanos y evitar las prácticas de justicia privada. Para la Comisión era necesario fortalecer la protección de los derechos humanos y la confianza en el sistema judicial como una rama independiente de la rama ejecutiva. Paradójicamente, el informe expresaba simultáneamente su preocupación por la llamada "conexión soviético-cubana" y por la necesidad de apoyar los programas de seguridad en los países centroamericanos¹³.

En esa misma década, diferentes programas de Administration of Justice (AOJ) se iniciaron en varios países centroamericanos así como en

¹¹ National Bipartisan Commission on Central America, *Report of the National Bipartisan Commission on Central America*, New York, MacMillan Publishing Co., enero, 1984, pp. 84-103.

¹² Las recomendaciones fueron: promover la capacitación y los recursos para los jueces, los funcionarios judiciales y las fiscalías; apoyar medios modernos y profesionales de investigación criminal; promover la disponibilidad de materiales de asistencia jurídica a facultades de derecho, y apoyar asociaciones de abogados, *Ibíd.* p. 74.

¹³ *Ibíd.*

Colombia, como parte del Programa de Democracia de la AID¹⁴. El programa de AOJ tenía dos objetivos explícitos. Primero, “aumentar la interdependencia y la competencia de los sistemas judiciales en América Latina y el Caribe a través de la atención a los jueces y a las funciones policiales relacionadas con la administración de justicia”. Y segundo, “fortalecer la democracia en la región al proveer sistemas judiciales ‘justos, eficientes y accesibles’”. Al final de los ochenta, los programas de AOJ se convirtieron en el componente más importante de los diversos programas de democracia de la AID.

Programas de reforma judicial en los noventa

Durante los años noventa los programas de AOJ se expandieron, no sólo a otros países latinoamericanos, sino también a diferentes países de Europa Oriental, Asia y África. Así mismo, la asistencia económica extendió su alcance para incluir actividades relacionadas con la transformación del sistema legal. Adicionalmente, otras entidades se involucraron en el apoyo a estos programas, entre las cuales se destaca la participación del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en América Latina. Ahora observemos las diferencias y similitudes de los programas llevados a cabo por estos organismos.

Desarrollo de los programas de la AID

Los programas de reforma judicial de la AID se expandieron a 40 países de América Latina y el Caribe, sin embargo, el 76.4% del total de fondos destinados a la región se concentró en siete países: Haití, El Salvador, Colombia, Bolivia, Nicaragua, Guatemala y Panamá¹⁵. El contenido de los programas incluyó una gran variedad de actividades, no obstante, el programa de Régimen de Derecho enfatizó reformas en el sistema penal. De acuerdo con la US General Accounting Office GAO, la asistencia se ha dividido en seis categorías. Dentro de estas categorías, el interés primordial se centró en programas de fortalecimiento de la justicia penal y de policía, 57% (US\$199 millones); de asistencia al funcionamiento del sistema judicial, 21% (US\$74.2); y de apoyo a nuevos gobiernos civiles y reformas militares, 13.6% (US\$47.6 millones)¹⁶. Sin embargo, surge el siguiente interrogante: ¿cuáles son las conclusiones y los resultados de una gran cantidad de dinero destinado a programas de ROL y, especialmente, a programas de justicia penal? Durante la década de los noventa las distintas agencias y empleados expresaron en varias ocasiones su preocupación por los resultados de los programas de reforma judicial.

¹⁴ Washington Office on Latin America, *Elusive Justice. The US Administration of Justice Program in Latin America*, Washington DC, WOLA, pp. 10-16.

¹⁵ United States General Accounting Office (GAO), *Rule of Law Funding Worldwide for Fiscal Years 1993-1998*. Report to Congressional Requesters, GAO/NSIAD-99-158, Washington DC, junio, 1999. p. 3.

¹⁶ Otras categorías son: democracia y derechos humanos, y otras reformas legales, *Ibid.*, pp. 1-15.

De acuerdo con el informe de la GAO, presentado en 1993, se identificaron diferentes problemas asociados con la asistencia para programas de reforma legal y judicial, y se sugiere aprender de las distintas experiencias. La mayor preocupación se relacionaba con la falta de compromiso político por parte de los gobiernos de los Estados beneficiarios de estos programas, como fue el caso de El Salvador, Guatemala, Costa Rica y Honduras. Sin embargo, la GAO hizo alusión al caso de Colombia como un modelo de compromiso en el que el gobierno colombiano promovió la reforma constitucional y la introducción de nuevas instituciones jurídicas antes de haber recibido la asistencia económica de AID¹⁷. Este informe también reflejaba la existencia de tensiones políticas entre diferentes agencias de gobierno de Estados Unidos. Por un lado, la GAO y el Congreso de Estados Unidos estaban preocupados por el éxito en la ejecución de los programas, una vez que estos eran aprobados. Por otro lado, la AID defendía su gestión y argumentaba que en algunos países el débil apoyo y las condiciones políticas dificultaban el desarrollo de los programas de reforma judicial. En 1994, la AID evaluó su gestión y concluyó que para comenzar un programa de reforma legal y judicial era necesario tener en cuenta diferentes criterios: el nivel de apoyo potencial entre la elite política y los electores; la autonomía judicial; la corrupción; la libertad de prensa, y la presión del donante. Adicionalmente, este estudio evaluó las estrategias que se debían desarrollar a través de los programas de reforma legal y judicial¹⁸. Sin embargo, estas evaluaciones han dejado algunas preguntas sin responder: ¿Qué se ha hecho? ¿Cuál ha sido la transformación en materia de procesos democráticos? De acuerdo con el último informe elaborado en 1999 por la GAO, se afirma que el programa ha ayudado a los países a revisar el código penal, a capacitar jueces y empleados, y a facilitar la transición hacia un orden civil en países como El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá. Más aún, sostiene que ayudó a crear centros locales de justicia en Colombia y Guatemala. Sin embargo, esta perspectiva institucional sólo tiene en cuenta los cambios formales y no es capaz de proveer elementos para entender los procesos sociales y políticos dentro de los mismos contextos nacionales.

Programas del Banco Mundial

Otro actor importante dentro del contexto transnacional que ha nutrido los programas de reforma del sistema judicial es el Banco Mundial. El interés del Banco Mundial por reformas jurídicas y judiciales puede explicarse como consecuencia de diferentes hechos sociales, políticos y económicos que se produjeron en todo el mundo a finales de los años ochenta

¹⁷ United States General Accounting Office (GAO), *Promoting Judicial Reform to Strengthen Democracies*. Report to Congressional Requesters, GAO/NSIAD-93-149, Washington DC septiembre, 1993, p. 8.

¹⁸ Estas estrategias son: apoyo político y construcción de alianzas; fortalecimiento de reformas estructurales; fortalecimiento del acceso y fortalecimiento del sistema legal. Ver Harry Blair y Gary Hansen, *op. cit.*, pp. 10-50.

y comienzos de los noventa. Para esa época, el Banco experimentaba una transición que lo condujo a revisar las perspectivas de desarrollo y a considerar la función de las instituciones frente al crecimiento económico, especialmente en relación con el papel de los sistemas judiciales en la estabilización del ambiente económico.

Un primer elemento a considerar tiene que ver con el fracaso de las políticas de ajuste estructural en los países en desarrollo, especialmente en América Latina. Estas políticas, por un lado, implicaban el ejercicio de presión sobre los gobiernos nacionales para adoptar medidas económicas drásticas que se traducían en la adopción de nuevos instrumentos legales y, por otro lado, la evaluación de esos programas de ajuste mostraban no sólo los efectos sociales indeseados, sino que además, fueron criticados por no poder generar un crecimiento sostenido de la economía¹⁹. Segundo, en los países latinoamericanos –así como en otros muchos países en desarrollo– se comenzaba a cambiar el modelo económico y las políticas de desarrollo. En el caso de América Latina, las evaluaciones del crecimiento económico hicieron énfasis en la idea de que el modelo de sustitución de importaciones no podía seguir estimulando el proceso de desarrollo económico. Otro factor de bastante peso en el surgimiento de programas de reforma legal y judicial en el Banco fue la caída del modelo socialista en Europa Oriental y de la entonces Unión Soviética²⁰. Este hecho no solamente representaba un triunfo virtual del sistema capitalista, sino que también era un nuevo reto para iniciar la transición al mercado económico en países en los cuales el sistema legal se había construido sobre los principios de una economía dirigida²¹. Un cuarto elemento de esta nueva perspectiva del Banco Mundial fue el auge de una perspectiva neo-institucional orientada por Douglass North, según la cual las instituciones ejecutan un importante rol en el crecimiento económico en la medida que inciden en los costos de transacción y producción²². Finalmente, el Banco podía observar que el área de reformas del sistema de justicia no estaba totalmente inexplorada. Por el contrario, la experiencia en los programas de administración de justicia en América Latina, conducidos por la AID, y el discurso de “derecho y desarrollo” podía proveer un punto partida importante para las nuevas políticas de reforma legal y judicial²³.

¹⁹ World Bank, *From Crisis to Sustainable Growth*, World Development Report, Washington DC, 1992. Citado por Catherine Weaver en *The Discourse on Law and Economic Development in the World Bank*, documento presentado en el encuentro MacArthur sobre el rol cambiante del derecho en los mercados emergentes y las nuevas democracias, Madison, University of Wisconsin, marzo 24-26, 2000, p. 4.

²⁰ World Bank, Legal and Judicial Reform Unit. *Initiatives in Legal and Judicial Reform*. <http://www1.worldbank.org/legal/legop_judicial/Judannex.htm>, p. 1.

²¹ *Ibid.*, pp. 1-15.

²² Douglas North, *Institutions, Institutional Change and economic performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

²³ Mohan Gopal, *Law and Development: Toward a pluralist vision*, ASIL, Proceedings of

Con base en estas circunstancias, el Banco encontró elementos para diseñar un marco teórico aceptable para la racionalidad económica. Al mismo tiempo, era capaz de hacer frente a la restricción impuesta por su mandato en virtud del cual estaba prohibido al Banco intervenir en asuntos políticos. Así, el Banco asumió el compromiso de promover la credibilidad institucional como un elemento crucial para estimular el crecimiento de la economía en países en desarrollo. A diferencia de los programas de reforma legal y judicial de la AID, el Banco hizo énfasis en los objetivos económicos y en las metodologías técnicas. De acuerdo con el marco teórico desarrollado por el Banco, el propósito de estos programas consistía en “promover un ambiente estable para los negocios en el cual la inversión con fines productivos se expandiera”²⁴. Para el Banco, el surgimiento de un mercado abierto y la transición a escenarios económicos más flexibles a las relaciones comerciales implicaban la necesidad de lograr sistemas eficientes y predecibles de resolución de disputas²⁵.

La metodología del Banco partía del presupuesto de que los problemas del poder judicial eran similares en cualquier sociedad, sin tener en cuenta los antecedentes culturales y políticos. Según Ibrahim Shihata, “bien sea que un país siga las tradiciones del derecho civil romano, el Common Law, el Shari’a islámico o cualquier otro sistema legal, los pasos a seguir para identificar los problemas en la administración de justicia no varían mucho”²⁶. En consecuencia, existe la convicción subyacente de que es posible construir un modelo general de reforma basado en la identificación de los principales escollos institucionales de los sistemas legales y judiciales. Para el Banco, esos problemas han sido relativamente similares: el uso inadecuado de herramientas legislativas por los jueces, la ineficiente organización de los tribunales, la falta de habilidades administrativas de los jueces para manejar la cantidad de casos, la inexperiencia de los jueces al ejercer poderes discrecionales, la falta de entrenamiento en nuevas áreas, etc.²⁷.

Al observar el desarrollo del programa en los años noventa se advierte cómo el Banco ha tenido que enfrentar diferentes conflictos y contradicciones. Un primer conflicto se relaciona con la pasada experiencia del movimiento “Derecho y Desarrollo”. De un lado, una parte del personal del Banco ha expresado su interés en aprender de las experiencias de dicho movimiento y de evitar los mismos errores del pasado. Por otro lado, la naturaleza de la institución y la presión impuesta por los objetivos trazados obligan al programa a hacer énfasis en resultados cuantitativos y en la

the 90th Annual Meeting, Washington DC, marzo 27-30, 1996, pp. 231-237.

²⁴ Ibrahim Shihata, *op. cit.*, p. 117.

²⁵ Maria Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, World Bank Technical Paper # 319, Washington DC, World Bank 1996, pp. xi-xvi.

²⁶ Shihata, *op. cit.*, p. 118.

²⁷ *Ibid.*

eficacia por encima de la comprensión de los procesos sociales en cada contexto. Un segundo conflicto se relaciona con la naturaleza política de las reformas y con la restricción del Banco para participar en asuntos políticos. Hasta ahora el Banco ha optado por encuadrar su discurso como un conjunto de postulados técnicos basados en información empírica, lo cual ha sido difícil. Esta estructura técnica explica –por lo menos parcialmente– las características generales de los componentes propuestos en la reforma, sin tener en cuenta las relaciones en el contexto político y las instituciones jurídicas. Estos dos problemas conducen a un tercer problema relacionado con los resultados de los programas de reforma judicial. Los resultados institucionales de este programa se han restringido a la formulación de conclusiones generales que no proveen información específica sobre los logros de los programas en determinados países²⁸.

Programas del Banco Interamericano de Desarrollo

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) es una organización multilateral centrada en la promoción del crecimiento económico en el continente americano, y básicamente comparte la misma estructura teórica del Banco Mundial. Sin embargo, dado que no tiene la misma restricción para participar en asuntos políticos, ha ampliado su alcance y ha hecho énfasis en la relación entre la eficacia institucional y el desempeño económico a través de sus programas de “buen gobierno”. En esta perspectiva, para el BID el proyecto de ROL se ha convertido en un instrumento crucial para aumentar el desarrollo económico en el hemisferio. Para el BID, así como para el Banco Mundial, el funcionamiento óptimo de los sistemas legales y de justicia son condiciones fundamentales para garantizar mayor inversión privada. De acuerdo con el BID, “hay que definir claramente las reglas del juego, con escenarios transparentes que reduzcan los costos de transacción, estas son las bases de cualquier esfuerzo para establecer objetivos de apoyo de la democracia y del mercado”²⁹. Inicialmente el BID organizó dos conferencias principales centradas en el asunto de la reforma judicial. La primera conferencia tuvo lugar en Costa Rica, en 1993, y la segunda en Montevideo, Uruguay, en 1998³⁰. Ambas conferencias trataron de reunir experiencias y reflexiones de diferentes organismos y gobiernos sobre los procesos de reforma de los sistemas jurídicos y judiciales. Pero en la segunda mitad de la década, el BID no se limitó a promover las reformas en el sistema de justicia, sino también a iniciar programas que incluyen fortalecimiento institucional, la reforma de la rama legislativa y la participación civil³¹.

²⁸ World Bank. *op. cit.*, p. 8-10.

²⁹ *Ibíd.*, p. v.

³⁰ Ibrahim Shihata, “The World Bank” en Jarquin and Carrillo (eds.), *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Washington DC, 1998, Inter-American Development Bank.

³¹ Fernando Carrillo, “Los retos de la reforma de la justicia en América Latina”, en *Reforma Judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999, pp. 34-60.

La reforma de la justicia en Colombia

El rol político y social del sistema judicial

Para entender el surgimiento y el desarrollo de los programas de reforma judicial en Colombia, es importante tener en cuenta el contexto social y político del país, y el rol sociopolítico del poder judicial. Así, se pueden formular inicialmente varios interrogantes: ¿cuál ha sido el rol social y político del sistema de justicia dentro de la estructura social?, ¿cómo se puede explicar la creciente importancia del sistema judicial durante los años ochenta y noventa?, y ¿cuáles son los puntos de unión entre las percepciones nacionales sobre el sistema judicial y los contenidos de los programas financiados por la AID?

Una perspectiva crítica sobre la historia de la sociedad colombiana durante los últimos siglos evidencia cómo la construcción de las instituciones jurídicas y políticas fue el resultado de un proceso de modernización vertical conducido por los sectores dominantes. Estas instituciones estaban lejos de ser constituidas como resultado de un consenso social, o como la expresión de la consolidación social y económica del capitalismo como ocurrió en Europa, lo cual puede ofrecer una explicación de por qué la historia de Colombia encierra contradicciones y paradojas sociales profundas. Como afirma Hernando Valencia Villa, a pesar del hecho de que Colombia se conoce como una de las democracias más antiguas y estables del hemisferio, las bases institucionales fueron apoyadas en prácticas que restringieron la participación de diferentes grupos sociales en la toma de decisiones políticas y la posibilidad de promover un proyecto de Estado de bienestar. En este contexto, el poder judicial desarrolló un rol de subordinación.

Durante gran parte del siglo veinte, la estructura institucional fue establecida sobre las bases de la Constitución de 1886, lo que no implicó necesariamente la existencia de estabilidad política. Hasta 1986 la Constitución fue reformada 76 veces, como lo explica Valencia Villa. Este hecho revela una paradoja: la inestabilidad pública contrasta con la estabilidad del derecho privado, especialmente cuando se tiene en cuenta el hecho de que el código civil ha permanecido prácticamente intacto desde 1887. Bajo esa estructura institucional, el presidente fue investido de amplias potestades de manera que no debía rendir cuentas a ninguna otra rama del poder. Al mismo tiempo, el poder judicial estaba restringido a solucionar conflictos civiles entre individuos, pero nunca a actuar de acuerdo con el principio de pesos y contrapesos³². Otra paradoja tiene que ver con el origen de la independencia orgánica que caracteriza al poder judicial colombiano del resto de los países de América Latina. Esta independencia orgánica fue un subproducto de la transición política desde la dictadura de Gustavo Rojas

³² Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla*, Bogotá, Universidad Nacional-Cerec, 1987, pp. 140-148.

Pinilla al periodo del Frente Nacional (1957-1974)³³. Desde entonces, la independencia orgánica del sistema judicial ha coexistido con diversas manifestaciones de intervención de la rama ejecutiva y de los partidos tradicionales. Una forma de intervención consistió en el control económico y administrativo del ejecutivo sobre la asignación y distribución del presupuesto. Otra forma de intervención fue llevada a cabo a través de la influencia de los partidos políticos, los cuales debían contar con igual representación burocrática en la rama judicial. Finalmente, otro mecanismo de intervención fue ejercido a través del uso extensivo del “estado de sitio”, especialmente durante los años setenta y ochenta.

Sin embargo, la visibilidad del poder judicial como un asunto de interés político apareció solamente en los años setenta. La confrontación política con los movimientos guerrilleros en algunos lugares del país, y las manifestaciones de desorden social asociadas con una nueva sociedad urbana, aumentaron el interés del gobierno en incrementar el control social y en modernizar el sistema judicial penal. Los defectos del sistema judicial, especialmente en materia penal, fueron interpretados desde una perspectiva política y jurídica tradicional como insuficiencia de la capacidad institucional. La percepción de la crisis judicial llevó al gobierno a ensayar diferentes reformas del poder judicial y a disminuir su independencia orgánica. El primer intento de reforma ocurrió en 1976, durante el gobierno de Alfonso López Michelsen, y el segundo en 1979, durante el gobierno de Julio César Turbay. Pero si en los setenta, la importancia política del poder judicial fue asociada con el interés de controlar el sistema judicial, durante los ochenta numerosas perspectivas se centraron en el poder judicial como una institución decisiva para remediar la situación de violencia. Las circunstancias sociales y políticas de los ochenta fueron cruciales para el surgimiento de la alta visibilidad de la crisis del poder judicial. Diferentes factores fueron convergentes en la búsqueda de nuevas reformas. Primero, la naturaleza expansiva de las distintas manifestaciones de violencia, hizo que la opinión pública acudiera al poder judicial como una de las posibles soluciones. Esta situación era paradójica, si se tiene en cuenta que el poder judicial también era víctima de violencia, no solamente por parte de criminales organizados, sino también por parte del Estado, especialmente cuando

³³ Hacia el final de la dictadura de Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), los partidos tradicionales y la junta militar acordaron someter las diferencias políticas a un pacto conocido como Frente Nacional con el fin de restablecer el orden constitucional. Uno de los artículos del plebiscito incluía la proposición de que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia deberían ser designados por la Corte misma en un procedimiento llamado cooptación. Esta reforma específica propuesta por la junta militar, originada en el interés de que los partidos políticos no promovieran acciones judiciales en contra de los líderes del régimen militar, se convirtió en la base de la independencia orgánica de la rama judicial en Colombia. Ver Rodrigo Uprimny, “Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano”, en *Justicia y sistema político*, Bogotá, Iepri-Fescol, 1997, pp. 78-81.

se recuerda la toma del Palacio de Justicia en 1985. Segundo, la percepción de la incapacidad del sistema judicial para solucionar los conflictos de los ciudadanos y el descubrimiento de las condiciones de pobreza bajo las cuales trabajaban los jueces, aumentó la promoción de nuevas iniciativas para modernizar el sistema judicial.

Así, las múltiples expresiones de interés sobre la violencia desde diversas perspectivas sociales convirtieron al poder judicial en centro de especial atención. De los nuevos diagnósticos sobre justicia durante los ochenta, resaltamos tres nuevas perspectivas para esa época. Un primer diagnóstico se basó en una perspectiva liberal-democrática. Esta fue una expresión de la tendencia del derecho penal llamada dogmática jurídico-penal, inspirada en principios liberales y de respeto por la dignidad de los seres humanos³⁴. La segunda era una perspectiva alternativa-crítica, basada en la concepción estructuralista del Derecho³⁵. Y la última era técnica-administrativa, basada en la aplicación de los principios de gestión administrativa para conducir la organización del sistema judicial³⁶. Esta última tendencia tuvo mayor influencia durante las reformas de la Asamblea Constituyente en 1991 y, en los noventa, durante el programa de reforma judicial.

Este breve recuento del rol sociopolítico del sistema de justicia explica por lo menos parcialmente el contexto en el cual surgió la primera fase del programa de “Administración de Justicia” (AOJ por sus siglas en inglés), y la transformación que tuvo lugar con la expedición de la nueva Constitución en 1991. Ahora se debe observar con mayor detalle el surgimiento del programa de reforma judicial financiado por la AID, el cual tuvo notable influencia en el país durante los años ochenta y noventa.

Programa de Modernización de la Administración de Justicia (PMAJ)

Al analizar la naturaleza de los programas y el significado de la atención de la AID sobre el tema de las reformas del sistema de justicia, se pueden formular varios interrogantes: ¿cuál era el objetivo de los proyectos de la AID en Colombia? y, ¿cuál era la relación entre los intereses transnacionales y nacionales en el desarrollo de este programa?

Primera fase del PMAJ

Como se mencionó anteriormente, la ocurrencia de los programas de reforma judicial se relacionaba con el contexto político y social de los años ochenta, y reflejaba un aparente consenso sobre la necesidad de resolver la crisis del sistema judicial. Durante la década del ochenta, la Fun-

³⁴ Germán Silva, “Justicia, jueces y poder político en Colombia”, *Jurimprudencias N.º 2*, Bogotá, ILSA, 1991, pp. 59-94.

³⁵ Germán Palacio, “Administración de justicia, jueces y la crisis institucional en Colombia: contradicciones y dilemas”, *Jurimprudencias N.º 1*, Bogotá, ILSA, 1990, pp. 33-46.

³⁶ Jaime Giraldo Ángel, Alfonso Reyes y Jorge Acevedo, *Reforma a la justicia en Colombia*, Bogotá, Instituto SER de Investigaciones, 1987.

dación para la Educación Superior (FES) contactó la AID, que había estado ausente del país por varios años, para financiar programas relacionados con educación. Sin embargo, en 1986, ambas instituciones comenzaron el Programa para la Modernización de la Administración de Justicia (PMAJ). Este programa se caracterizaría por ser un momento exploratorio que se podría extender dependiendo de los resultados. El objetivo principal del programa consistía en mejorar el desempeño del sistema judicial, sin embargo, no se hacía énfasis en ningún componente en particular. Algunos proyectos tenían como objetivo la dotación de equipos y libros a los tribunales y bibliotecas, otros apoyaban la capacitación de los miembros del poder judicial, y otros financiaban eventos académicos para discutir nuevos proyectos de reforma legal³⁷.

Contexto internacional y nacional a comienzos de los años noventa

En 1990, las circunstancias políticas nacionales e internacionales facilitaban las condiciones de continuidad de los programas de cooperación apoyados por la AID. En el contexto internacional, el gobierno de Colombia había iniciado una campaña con el objeto de que la comunidad internacional asumiera su responsabilidad en la guerra de las drogas. Esto significaba que los países Europeos y Estados Unidos no debían financiar solamente los programas para combatir la producción ilícita de las drogas, sino también introducir preferencias comerciales con el fin de aumentar el crecimiento de la economía colombiana. Para esta época se llevó a cabo una reunión entre el presidente norteamericano George Bush y los presidentes de los denominados países productores de cocaína: Colombia, Perú y Bolivia. En esta reunión, conocida como la "Cumbre de Cartagena", el gobierno de Estados Unidos aceptó su responsabilidad como principal destinatario de drogas ilícitas y se comprometió a donar US\$40 millones para apoyar la lucha antinarcoóticos en Colombia³⁸.

En la arena nacional, la percepción pública sobre el narcotráfico se asociaba a las más crudas expresiones de violencia. La perspectiva institucional del programa llevó a pensar que una jurisdicción penal y unos organismos represivos fuertes podían servir para vencer las grandes organizaciones del narcotráfico. Adicionalmente al problema de orden público asociado con la lucha antinarcoóticos, perduraban desde tiempos pasados tensiones políticas fundamentales que consolidaron una percepción colectiva sobre la necesidad de reformar las bases institucionales de la organización política. Por ejemplo, en 1989 y 1990, los grupos paramilitares asociados a los narcotraficantes mataron a tres candidatos presidenciales³⁹. En ese

³⁷ FES-AID, 1986-1991. *Informe de actividades al 31 de diciembre de 1991*, Bogotá, Fundación para la Educación Superior (FES), 1992.

³⁸ Alfredo Vásquez Carrizosa, "La conferencia de presidentes de Cartagena para la lucha antinarcoóticos", en *Análisis Político* N° 9, Bogotá, UN, 1990.

³⁹ Luis Carlos Galán, Carlos Pizarro y Bernardo Jaramillo.

tiempo un gran número de estudiantes organizó un movimiento llamado "el movimiento de la séptima papeleta" para iniciar un proceso pidiendo una asamblea constituyente. Finalmente, después de intensas protestas contra las tradiciones políticas, el ambiente político favoreció la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en 1990.

En la Asamblea Constituyente el gobierno presentó un proyecto para reformar el sistema judicial basado en diagnósticos y discusiones que se llevaron a cabo a finales de los ochenta, e influenciados por algunas de las conclusiones de las investigaciones hechas por el Instituto SER y financiadas por el PMAJ en la primera fase. La reforma del sistema judicial comprendía diferentes aspectos, como el problema de la administración del poder judicial, la creación de una Corte Constitucional y la introducción de los mecanismos de protección de los derechos humanos. No obstante, el aspecto que más se relaciona con los objetivos del PMAJ, y que representaba la posibilidad de disminuir los problemas de impunidad y violencia, se refería a la necesidad de cambiar el sistema procesal penal. Uno de los resultados del programa en la primera etapa era precisamente su influencia en el surgimiento de un consenso institucional sobre la necesidad de reformar el procedimiento del sistema penal y de introducir un modelo acusatorio.

Características de la segunda fase del PMAJ

En 1991 el ambiente político e institucional favoreció la intensificación del programa de la AID. Aunque la "Cumbre de Cartagena" tuvo lugar en 1990, el acuerdo formal entre los gobiernos de Estados Unidos y de Colombia no se firmó hasta agosto 19 de 1991, época para la cual el nuevo presidente era César Gaviria. El valor total del acuerdo de cooperación ascendió a US\$36 millones. La ejecución del programa comenzó en enero de 1992 y duraría inicialmente hasta 1997. Entre 1990 y 1992 se formalizó un acuerdo puente con el fin de continuar apoyando varios programas. Con base en este acuerdo puente, la AID ayudó a equipar la Fiscalía General de la Nación, creada recientemente por la nueva Constitución⁴⁰. La segunda fase del PMAJ presentaba varias diferencias en comparación con la primera etapa. En primer lugar, el objetivo del programa era absolutamente claro en la medida que buscaba el mejoramiento del desempeño del poder judicial, especialmente en lo referente a la fase de investigación en el proceso penal⁴¹. Así, el desarrollo de la Fiscalía General de la Nación fue el principal objetivo del programa⁴². En segundo lugar, la magnitud del programa, en

⁴⁰ FES-AID, *Programa para la modernización de la justicia PMAJ, Informe final 1992-1995*, Bogotá, 1996, pp. 5-19.

⁴¹ Según el acuerdo bilateral, el principal propósito del programa era: "apoyar las actividades para fortalecer la administración de justicia, particularmente el sistema judicial penal en tres modalidades básicas: mejor organización y planeación del sector justicia, mayor efectividad de la investigación y presentación de cargos en crímenes graves, y el fortalecimiento de la administración y la independencia del sistema judicial", *Ibíd.*, p. 6.

⁴² *Ibíd.*

términos de valor económico y del número de instituciones comprometidas, hicieron del PMAJ uno de los mayores programas de asistencia judicial en América Latina. En tercer término, el momento político era particularmente especial dado que a comienzos de los años noventa el país tenía enormes expectativas con relación al desarrollo de la nueva Constitución y de la estructura legal. Finalmente, debido a la significación del programa y a la necesidad de maximizar resultados, la organización administrativa estaba diseñada para operar de acuerdo con principios y técnicas de racionalización. La organización administrativa estaba dividida en tres ramas principales y cada una manejaría su presupuesto correspondiente: la FES, US\$19.3 millones; la AID, US\$9.7 millones, y la Icitap, US\$ 6.9 millones⁴³.

Desarrollo del programa

Al hacer una observación general del contexto político en medio del cual surgió esta segunda fase del programa, se hace evidente la existencia de motivaciones y objetivos políticos explícitos. No obstante, una supuesta perspectiva técnica basada en ingeniería institucional parece prevalecer en el nivel micro-institucional en donde se desarrolló el programa. El acuerdo entre la FES y la AID establecía que era necesario cumplir con los lineamientos generales y los estándares de impacto para lograr los objetivos que se habían trazado⁴⁴. La segunda fase del PMAJ comenzó con 52 proyectos, y como la AID tenía en Colombia un grupo reducido de personal, la FES suministró la capacidad administrativa para manejar el programa. El desarrollo del programa conllevó numerosos conflictos, dificultades y resultados inesperados. Como no se puede explicar en este espacio todo el espectro de las tensiones institucionales que surgieron a la sombra de este programa, vamos a señalar tres aspectos importantes derivados de las tensiones entre los intereses nacionales y transnacionales: a) la falta de consenso entre las instituciones nacionales, b) las preferencias y distancias institucionales, y c) los conflictos entre el PMAJ y la AID en Washington.

Falta de consenso entre instituciones nacionales

Tradicionalmente el sector de la justicia no ha sido escenario de consenso entre las instituciones que lo conforman. Esto se debe, al menos parcialmente, a que la estructura institucional anterior a la actual Constitución otorgaba al Ministerio de Justicia la capacidad legal para tomar decisiones administrativas. Una vez la nueva estructura institucional fue enmarcada de acuerdo con la nueva Constitución, se redujo el gran poder del Ministerio de Justicia y se crearon diferentes órganos como el Consejo

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Los indicadores diseñados incluían: número de casos pendientes en investigación preliminar, acusación y sentencia; porcentaje de tipos de decisión legal en cada etapa del proceso; promedio de duración de los casos, y la percepción pública del sistema judicial con respecto a acceso, transparencia y efectividad. *Ibíd.*

Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional y la Fiscalía General de la Nación. La participación de los representantes de alto nivel de estos órganos en el Comité Ejecutivo del PMAJ fue uno de los muy pocos espacios en donde las cabezas de las instituciones se reunían para discutir sobre la situación del sector justicia. De acuerdo con algunas personas que participaron en el PMAJ, en el desarrollo del programa en Colombia era posible observar varias tensiones. No hubo un consenso en el diagnóstico y en la situación de crisis del sistema de justicia, cada una de las instituciones estableció sus prioridades con relación a sus necesidades institucionales y sus metas a corto plazo. Esta búsqueda de metas institucionales creó diferentes conflictos: entre varias instituciones y el PMAJ, entre las esferas políticas en el gobierno de los Estados Unidos y la AID en Colombia, y entre la AID y la FES.

El PMAJ, sus preferencias y sus distancias

Una de las principales características del programa fue su gran influencia en el diseño institucional de la Fiscalía. Este vínculo institucional contrastaba con la divergencia entre el Consejo Superior de Justicia y el PMAJ. A pesar de que el Consejo Superior era el órgano que representaba el poder judicial en el sistema de justicia colombiano, los proyectos que fueron aprobados para todo el sistema judicial representaron menos del 7% del presupuesto invertido. Se presentaron grandes diferencias entre el programa y el Consejo Superior. Inicialmente el Consejo era resistente a admitir la intervención de un órgano internacional en un asunto nacional como la administración de justicia. Posteriormente, una vez el Consejo aceptó tomar parte en el programa, esta corporación presentaba “megaproyectos” difíciles de respaldar, según versiones de antiguos representantes de la FES y de AID. Para los representantes del programa, las prioridades del Consejo eran diferentes de las establecidas por el PMAJ. Por ejemplo, el Consejo insistía en la importancia de desarrollar programas que cubrieran la totalidad del sistema judicial en lugar de concentrarse únicamente en la Fiscalía General de la Nación.

Los retos del PMAJ vs. las metas políticas de la Usaid

El desarrollo del PMAJ tuvo su propia dinámica y gozó de una autonomía relativa con relación a los resultados políticos esperados por la AID en Washington. La organización del diseño del programa se basó principalmente en criterios de administración técnica. En esta perspectiva, el proceso de toma de decisiones estaba sujeto a principios de racionalización de los recursos. Sin embargo, el programa tuvo que enfrentar diferentes retos originados en el contexto político y social. Según antiguos funcionarios de la FES y de la AID, quizás el principal reto para la PMAJ consistía en la transformación de la cultura jurídica existente. En el sistema procesal penal anterior, la investigación era función de los jueces de instrucción y se operaba principalmente según procedimientos escritos. Además, la

insuficiencia de recursos básicos para el manejo del sistema en su totalidad, no permitía una remuneración adecuada para los jueces, ni edificaciones y equipamiento idóneo para su trabajo, como tampoco capacitación para los jueces y funcionarios de las oficinas.

De acuerdo con algunos funcionarios del PMAJ, si el programa pretendía tener un impacto en materia de impunidad y de violencia, era necesario no solamente invertir en equipo sino también en terminar con la inercia cultural que dominaba el anterior sistema. Por lo tanto, la nueva Fiscalía fue diseñada e implementada de acuerdo con el nuevo criterio de racionalidad y eficiencia basado en el modelo acusatorio del sistema americano. Finalmente, a mediados de los años noventa, en medio de una turbulenta crisis política y ante la presión del gobierno de los Estados Unidos para obtener resultados visibles, la AID desarrolló una evaluación que llevó a reformular el programa y a finalizar el acuerdo con la Fundación FES⁴⁵.

Reformas en el sistema judicial peruano

El rol del poder judicial en el contexto social y político

Históricamente el rol del sistema judicial peruano dentro del sistema político ha sido de subordinación política, con dos características principales: la intervención directa de la rama ejecutiva en la composición y orientación de las cortes, y una constante escasez presupuestal que produjo un colapso económico total en la rama judicial. El hecho de que Perú haya tenido gobiernos militares durante la mayor parte del siglo veinte contribuyó a relegar el rol de la rama judicial dentro del escenario político. Sin embargo, a finales de los años sesenta y comienzos de los setenta, Perú tuvo una dictadura militar atípica en el contexto de América Latina durante la época. La dictadura del General Velasco-Alvarado (1968-1975) le dio a la rama judicial un rol muy especial en su proyecto político reformista. Velasco-Alvarado tenía el proyecto de modernizar las relaciones sociales en las áreas rurales, centrándose en una reforma agraria que eliminó a la elite "terrateniente" y a las relaciones sociales precapitalistas que existían en muchas comunidades rurales andinas.

Velasco-Alvarado le asignó al derecho un papel primordial, especialmente en aspectos relacionados con la reforma agraria y, en menor grado, con las relaciones capital-trabajo. Con esta idea, el gobierno de Velasco-Alvarado creó dos jurisdicciones especiales: los llamados "fuero agrario" y "fuero de trabajo". El primero se encargó de la aplicación de la reforma de la propiedad en las áreas rurales, y el segundo tuvo como meta facilitar un rol activo de la rama ejecutiva en la solución de conflictos laborales. Velasco-Alvarado fue ideológicamente crítico del papel del derecho y de las cortes

⁴⁵ Entrevista con Luis Alfonso Roa, antiguo funcionario de AID en Colombia. Entrevistado por Gabriel Gómez, Cijus, Bogotá, diciembre 1996.

como factores que contribuían a la reproducción de las relaciones de dominio e injusticia dentro de la sociedad peruana. Con este discurso, Velasco-Alvarado trató de lograr un compromiso con los miembros del sistema judicial respecto a su proyecto revolucionario, especialmente con la idea de superar el formalismo jurídico de los jueces⁴⁶. Al mismo tiempo, intervino en la composición de las cortes por medio de la creación de leyes que modificaban las condiciones para el retiro y reemplazo de los jueces, para nombrar a quienes habían ganado la confianza de la rama ejecutiva.

Sin embargo, las contradicciones del proyecto "Velasquista" y de su discurso revolucionario, junto a las transformaciones en el contexto internacional, hicieron fallar el experimento. Las mismas instituciones militares, bajo el liderazgo del general Francisco Morales-Bermúdez, fueron responsables de abortar la experiencia de reforma. En efecto, en 1975, Morales-Bermúdez asumió el poder con el apoyo del sector más conservador de la sociedad, el cual no tenía ningún interés en permitir más cambios estructurales en la sociedad peruana. Morales-Bermúdez fue una típica figura de transición y su misión fue la de organizar la transferencia del poder a los gobiernos civiles. Esto sería garantizado a través de una reforma constitucional que estipulara que las nuevas realidades sociales impulsadas por los militares (especialmente en las áreas rurales) estarían consagradas en una nueva constitución redactada por una Asamblea Constitucional. La Constitución de 1979, que reemplazó a la Constitución de 1933, fue escrita con una amplia participación de los diferentes partidos políticos.

En una de las últimas actuaciones del gobierno de Morales-Bermúdez, los militares peruanos crearon un marco jurídico para reorganizar las cortes, con el propósito de borrar la última evidencia del "Velasquismo", particularmente la pluralidad de las posiciones críticas sobre el rol del derecho en la sociedad que se habían creado dentro del sistema judicial⁴⁷. Por lo tanto, el experimento militar de gobierno entre 1968-1980 fue abierto y cerrado con una fuerte intervención de la rama ejecutiva en la composición de las cortes. Sin embargo, la aplicación de la última intervención estuvo a cargo de Fernando Belaunde-Terry (1980-1985), el primer presidente constitucional después de la dictadura militar. El gobierno de Alan García (1985-1990) continuó la misma línea. De esta forma, los gobiernos civiles no rompieron con esta tradición de intervenir en la composición de la estructura judicial.

⁴⁶ Una de las afirmaciones más famosas de Velasco-Alvarado fue: "En nuestro país el sistema judicial ha tenido siempre dos caras: una severa y cruel para la gente humilde y la otra tolerante y buena para la gente con poder". Javier de Belaunde, "Aproximación a la realidad de la administración de justicia en el Perú", en *Poder judicial y democracia*, Diego García-Sayan (ed.), Comisión Andina de Juristas y Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, Lima, 1991.

⁴⁷ Luis Pasara, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1982.

El camino señalado por la Constitución de 1979 para el nombramiento de jueces en todos los niveles hizo aún peor la subordinación política de la rama judicial debido a que los partidos políticos tomaron el control burocrático del sistema judicial. Al mismo tiempo, después de la dictadura militar, los gobiernos civiles mantuvieron a la rama judicial en una situación de subordinación y sin recursos con el fin de no permitir que el poder judicial pudiera tener algún control sobre sus acciones⁴⁸. En los años ochenta, el escenario político y el sistema judicial peruano tuvieron que afrontar retos inesperados causados por la aparición de dos grupos guerrilleros, el maoísta Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA), así como también el aumento del tráfico de drogas.

La era de Fujimori y el sistema judicial (1990-2000)

Alberto Fujimori fue elegido por primera vez presidente del Perú el 28 de julio de 1990. Desde el primer día de su mandato Fujimori empezó a atacar al sistema judicial y a tener fuertes conflictos con el Congreso respecto a quién tenía el poder de aprobar leyes. En su discurso inaugural, Fujimori se refirió al Palacio de Justicia como “el Palacio de la injusticia” y declaró que el sistema judicial era una entidad corrupta e indiferente ante los problemas sociales⁴⁹. En los meses siguientes se volvió común que el presidente criticara públicamente al sistema judicial por su corrupción, abusos, etc. A pesar de que muchas de las críticas eran justificadas, sus problemas eran muy complejos y muchos de ellos estaban relacionados con la marginalidad histórica dentro del sistema político peruano y su falta de independencia.

En la noche del 5 de abril de 1992, al mismo tiempo que los militares tomaban las calles y ocupaban el Congreso y la Corte Suprema, Fujimori anunciaba la instalación del gobierno de “emergencia y reconstrucción nacional”. Fujimori declaró que quería una nueva Constitución elaborada por una comisión de juristas, que más tarde sería aprobada por un referéndum⁵⁰. Fujimori asumió todos los poderes de gobierno mediante una “ley” que él llamó “Ley del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción”, la cual suspendía los artículos de la Constitución que se opusieran a ella. Como resultado, el Congreso y el Tribunal de Garantías Constitucionales fueron cerrados por Fujimori. Trece de los dieciocho jueces de la Corte Suprema fueron destituidos. También fueron destituidos el Fiscal General y el Contralor General. Ciento treinta funcionarios judiciales en los distritos de Lima y Callao fueron destituidos veinte días después del “auto-golpe”. Fujimori

⁴⁸ A pesar del hecho de que la Constitución de 1979 expresamente establecía que no menos del 2% del presupuesto debía ser destinado a la rama judicial, en los seis años siguientes su destinación nunca superó el 0.9%. Javier de Belaunde, *op. cit.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Este su génerois “golpe de Estado” fue el origen de un nuevo término para el caso: el “fujimorazo” o el “auto-golpe”.

nombró un nuevo presidente y trece miembros de la Corte Suprema, un Fiscal General y un Contralor General. Posteriormente, Fujimori autorizó a la nueva Corte Suprema para que llenara las vacantes en las Cortes Superiores y en el Ministerio Público; luego continuó con el proceso de “evaluación”. Como resultado, la Corte Suprema nombrada por Fujimori destituyó cerca de 100 jueces y los reemplazó a todos con nombramientos provisionales⁵¹.

El impulso local de la reforma judicial

El Jurado de Honor de la Magistratura

La remoción de varios miembros de la Corte Suprema y de otros jueces fue una de las piezas centrales del “auto-golpe” de Fujimori. Como resultado de la remoción de magistrados de la Corte Suprema varios jueces de las cortes superiores fueron ascendidos. Esos nuevos magistrados tuvieron a cargo la destitución de jueces en todos los niveles, asignando los cargos de manera provisional. El proceso completo llevó al nombramiento provisional del 80% de la rama judicial y del Ministerio Público⁵².

En abril de 1993, el llamado Congreso Constituyente Democrático (CCD), la entidad constituyente encargada de la elaboración de una nueva Constitución, nombró a un grupo de personas “honorables” para conformar lo que fue llamado el “Jurado de Honor de la Magistratura”. Dicho grupo fue creado como un mecanismo ad-hoc para el manejo del problema de los jueces provisionales dentro del sistema judicial. Uno de sus miembros, Fernando de Trazegnies, prestigioso profesor de derecho, declaró que el grupo ad-hoc fue creado por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) con el fin de solucionar los problemas de corrupción derivados del alto número de jueces provisionales⁵³. La tarea inicial consistió en seleccionar los candidatos a jueces, que serían nombrados por el CCD como jueces de la Corte Suprema y Fiscales ante dicha corte. Los otros funcionarios serían nombrados por la Comisión de Justicia. La nueva Constitución Peruana de 1993 creó el Consejo Nacional de la Magistratura, con la tarea de nombrar y destituir jueces. Sin embargo, en diciembre de 1993, antes de terminar sus funciones y antes de que entrara en vigencia la nueva Constitución, el CCD aprobó una ley constitucional que establecía que el Jurado de Honor de la Magistratura continuaría trabajando hasta que el Consejo Nacional de la Magistratura fuera instalado. Al mismo tiempo, el CCD aumentó los podede

⁵¹ United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, Mr. Param Cumasaswamy. Addendum: Report on the mission to Perú, E/CN.4/1998/39/Add.1*, Ginebra, febrero 19, 1998.

⁵² Fernando de Trazegnies Granda, “El jurado de honor de la magistratura: balance de cierre”, *Ideele* N° 71-72, diciembre de 1994.

⁵³ *Ibid.* Desde ese momento De Trazegnies, un profesor de derecho y miembro del viejo movimiento Derecho y Desarrollo, fue una de las figuras más importantes del régimen de Fujimori.

res del jurado de honor de la magistratura y estableció que ellos tenían completo poder para designar los jueces. A pesar del importante avance realizado en el nombramiento de jueces, con el objeto de eliminar el problema de los jueces provisionales, la Comisión Andina de Juristas encontró que a finales de 1994, aproximadamente el 60% de los jueces del país eran aún de carácter provisional⁵⁴.

La creación del Consejo Nacional de la Magistratura

El Artículo 150 de la Constitución de 1993 creó el Consejo Nacional de la Magistratura como un ente independiente responsable de la selección y el nombramiento de jueces y fiscales. El Consejo inició actividades a principios de 1995, después del nombramiento de sus miembros. El mayor reto que tenía que afrontar consistió en que los jueces y fiscales nombrados provisionalmente en sus cargos constituían uno de los principales obstáculos para una independencia real del poder judicial. El Consejo Nacional de la Magistratura, como característica típica de las instituciones judiciales durante la era de Fujimori, se quedó corto en la realización de sus objetivos. Entre 1993 y 1998, el número de jueces y fiscales provisionales aumentó en un 20%. De hecho, en 1998 el número de jueces provisionales era de 779 y el número de fiscales provisionales era de 964, de los cuales más del 70% fueron asignados al Ministerio Público⁵⁵. La independencia del sistema judicial continuó siendo un gran problema para Perú. El 12 de marzo de 1998, el Consejo Nacional de la Magistratura fue víctima de un nuevo ataque de los aliados de Fujimori en el Congreso. Aprovechándose de que en ese momento en Perú no había ninguna forma de control constitucional, el Congreso peruano aprobó la Ley 26933, la cual eliminaba el poder disciplinario del Consejo Nacional de la Magistratura sobre jueces y fiscales, otorgado por el Artículo 151(3) de la Constitución peruana. Al día siguiente, los siete miembros principales del Consejo renunciaron en señal de protesta.

La creación de la Academia de la Magistratura

La Constitución peruana de 1993 creó la Academia de la Magistratura como institución responsable de la capacitación de jueces y fiscales, así como de los futuros candidatos a estos cargos. Como resultado, los abogados interesados en formar parte del sistema judicial debían tomar inicialmente un curso en la Academia de la Magistratura, y únicamente si pasaban, podían ser considerados como candidatos potenciales. A pesar del gran número de jueces y fiscales provisionales, en 1997 la Academia de la Magistratura estableció que los cursos tendrían una duración de seis meses. El resultado práctico de esta medida fue que al Consejo Nacional de la Magistratura se le negó el nombramiento de jueces y fiscales entre

⁵⁴ Comisión Andina de Juristas, *Democracia, derechos humanos y administración de justicia en la Región Andina*, Lima, CAJ, 1994.

⁵⁵ Marcial Rubio Correa, *Quítate la venda para mirarme mejor*, Lima, Desco, 1999, p. 175.

mediados de 1997 y marzo de 1998. Adicionalmente, el 14 de agosto de 1998, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial estableció una nueva regla para la duración de los cursos los cuales se prolongaron a dos años. Las personas que habían sido capacitadas durante seis meses también tendrían que cumplir con la nueva disposición. Con esta medida, los nuevos jueces y fiscales serían nombrados a mediados del año 2000. De acuerdo con Marcial Rubio, el objetivo era "crear las condiciones para mantener la naturaleza provisional de los jueces y fiscales en el Perú durante la presidencia de 1995-2000"⁵⁶.

Las comisiones ejecutivas de reorganización del sistema judicial

El Artículo 143 de la Constitución Peruana de 1993 por primera vez estableció una separación entre los órganos administrativos del sistema judicial y los órganos jurisdiccionales. La Ley Orgánica del Poder Judicial estableció que el ente responsable de la administración de la rama judicial fuera una Comisión Ejecutiva, coordinada por un director general dedicado exclusivamente a esta tarea. Los demás integrantes de la Comisión Ejecutiva serían miembros de la Corte Suprema o Cortes Superiores, y por lo tanto serían responsables de las políticas generales de su división. La Comisión Ejecutiva tendría una estructura similar a nivel regional. Antes de 1993, la responsabilidad de la administración de la rama judicial estaba concentrada en el presidente de la Corte Suprema de Justicia⁵⁷.

Después de su reelección en 1995, Fujimori anunció el comienzo de una reforma judicial en el Perú. El principal apoyo para este objetivo provino de sus aliados incondicionales en la Corte Suprema de Justicia. En septiembre de 1995, el presidente de la Corte Suprema trató de crear una comisión externa para reformar el poder judicial. Sin embargo, la mayoría de los miembros de la Corte Suprema se opusieron a esta medida y la propuesta fracasó. El 20 de noviembre de 1995, el Congreso peruano aprobó la Ley 26546 que creaba la Comisión Ejecutiva de la Judicatura, la cual estaba formada por tres miembros de la Corte Suprema. Como una medida excepcional que cambiaba las reglas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la nueva Ley estableció que la Comisión Ejecutiva trabajaría solamente por un año. Como resultado, la Ley 26546 transfirió las funciones de gobierno y administración del sistema judicial, incluyendo el presupuesto, a la Comisión Ejecutiva. La ley estableció que la Comisión estuviera dirigida por un secretario ejecutivo. José Dellepiane Massa, un antiguo comandante naval, fue nombrado para desempeñar este cargo. Con esta medida, la rama ejecutiva, con la colaboración de los aliados en el Congreso y en la Corte Suprema, tomó nuevamente el control de la rama judicial⁵⁸.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

El 18 de junio de 1996, únicamente seis meses después de que la Comisión Ejecutiva empezara sus actividades, el Congreso también creó, a través de la Ley 26623, la Comisión Ejecutiva para el ministerio público con el propósito de reformar esta institución hasta el 31 de diciembre de 1998. La existencia de la Comisión Ejecutiva se extendió sin fijar un límite de tiempo, a pesar de que el Tribunal Constitucional había establecido que operaría hasta el 31 de diciembre de 1998. Al mismo tiempo, la Ley 26623 incrementó los poderes de la Comisión Ejecutiva para tratar asuntos relacionados con las salas de la Corte, la profesión judicial, los estatutos orgánicos de la magistratura, la Academia de la Magistratura y las iniciativas legislativas en asuntos relacionados con el sistema judicial. Sin embargo, el punto más importante fue que a través de la Ley 26623, la Comisión Ejecutiva adquirió el poder de destituir jueces. Esta última disposición fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional el 19 de octubre de 1996⁵⁹.

La Ley 26623 produjo muchas críticas y protestas. Dos miembros de la Academia de la Magistratura renunciaron en señal de protesta ante la pérdida de independencia. Seis miembros de la Corte Suprema protestaron públicamente por la pérdida de la iniciativa legislativa; sin embargo, la mayoría de los miembros de la Corte Suprema apoyaron la Ley. Una de las críticas a la Ley 26623 establecía que: “teniendo en cuenta la histórica falta de autonomía de los jueces y fiscales de nuestro país, de hecho, el establecimiento de un super-poder sobre ellos es una limitación aún mayor para la posibilidad de libertad de opinión, sin mencionar las opiniones oficiales”⁶⁰.

El proceso de concentración de poder en la Comisión Ejecutiva de la Judicatura fue concluido el 2 de diciembre de 1996, a través de la Ley 26695. Esta ley estableció que la Comisión Ejecutiva tenía el poder de crear y reorganizar transitoriamente las salas de la Corte Suprema de Justicia y de otros tribunales superiores. A finales de 1998, una nueva ley extendió la existencia de la Comisión Ejecutiva de la Judicatura hasta diciembre de 2000⁶¹.

Los fondos internacionales para la reforma judicial

Perú ha sido beneficiario de por lo menos US\$54.8 millones por parte de los tres principales donantes y prestamistas para programas de reforma judicial en América Latina desde 1986 (incluyendo el proyecto que fue cancelado por el Banco Mundial). Al igual que en otros países de América Latina, estas tres organizaciones internacionales son la AID, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Ernesto de la Jara, “Reforma de la administración de justicia: al pan, pan y al vino”, *Ideele* N° 89, Lima, agosto de 1996, p. 12.

⁶¹ Marcial Rubio, *op. cit.*

La Agencia Internacional para el Desarrollo (AID)

Desde 1986 el gobierno peruano ha venido recibiendo recursos bajo los programas de Administración de Justicia (AOJ) de la AID. Durante el periodo 1986-1991, la AID invirtió US\$ 2.850.000 en Perú⁶², y durante el periodo 1993-1998 invirtió US\$8.1 millones, como parte de los llamados programas de “Rule of Law”. En 1990, durante el año fiscal 1991, el Congreso de los Estados Unidos “condicionó el suministro de asistencia para seguridad en relación con anti-narcóticos a logros específicos en derechos humanos y pidió a la rama ejecutiva la expedición de una determinación para que se realicen los pasos necesarios antes de entregar la ayuda anti-narcóticos”⁶³. La inclusión del condicionamiento de fondos para la guerra contra la droga en el Perú creó un conflicto entre el Congreso de los Estados Unidos y la administración Bush sobre las políticas de los Estados Unidos con relación al Perú. Los principales puntos del condicionamiento eran tres: “(1) la creación de un registro nacional público para todos los detenidos por las fuerzas de seguridad del Perú; (2) el permiso de acceso al CICR (Comité Internacional de la Cruz Roja) y a los fiscales públicos a todos los sitios de detención, inmediatamente después del arresto; y (3) avances en el enjuiciamiento de los implicados en los nueve casos notables en materia de derechos humanos”⁶⁴.

La AID estuvo involucrada en la creación de un registro nacional de personas detenidas⁶⁵, el cual fue considerado como una estrategia importante para prevenir que las fuerzas de seguridad desaparecieran personas. A pesar de que el gobierno de Fujimori aceptó su implementación en 1992, este registro únicamente fue creado en febrero de 1994 para aquellas personas detenidas después del 1º de enero de 1993⁶⁶.

En 1993, la administración Clinton y el gobierno del Perú acordaron organizar una comisión internacional independiente compuesta por prestigiosos abogados que visitarían Perú, presentarían un informe sobre los cambios en el sistema judicial y harían propuestas de reforma⁶⁷. La comisión estaba compuesta por cuatro conocidos abogados, que visitaron Perú en septiembre de 1993. “Su encargo fue la revisión de la situación del

⁶² WOLA, *Elusive Justice. The US Administration of Justice Program in Latin America*, *op. cit.*

⁶³ Coletta Youngers, *After the Autogolpe: Human Rights in Perú and the US Response*, Washington DC, WOLA, julio de 1994, p. 40.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 62.

⁶⁵ Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Westview Press, 1998, p. 180.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ En entrevista con una revista peruana, el profesor Robert Goldman, miembro de la comisión afirmó: “Tuvimos un encargo del gobierno norteamericano, el que fue presentado ante el gobierno peruano y este lo aprobó. La conformación de la propia comisión fue nominada por el gobierno de los EE.UU. y aprobada por el gobierno del Perú”. “Habla Goldman”, en *Caretas*, abril 21, 1994, p. 16.

debido proceso en Perú, la independencia judicial y los cambios en el poder judicial adoptados en la nueva Constitución, como también la propuesta de las reformas necesarias⁶⁸. La reacción del gobierno de Fujimori ante el reporte fue muy agresiva. El ministro de justicia Vega criticó fuertemente la comisión como una forma de intervencionismo en los asuntos del Perú. Después de las críticas del gobierno peruano, el profesor Robert Goldman, jefe de la comisión, dijo en una entrevista: “el estudio era un análisis *per se* o *prima facie* de la compatibilidad de las leyes anti-terroristas peruanas y otras medidas conexas con las obligaciones asumidas por el gobierno peruano en esa materia⁶⁹”.

En 1995, la AID inició un proyecto de varios años (1995-2002) llamado Apoyo al Sector de la Justicia, con el objetivo de “dar asistencia a los grupos locales de derechos humanos para defender a aquellos injustamente acusados de terrorismo, para informar a la ciudadanía acerca de sus derechos y para promover el desarrollo de la Defensoría del Pueblo⁷⁰”. Este proyecto es parte de un programa más extenso llamado “Mayor Participación Ciudadana e Instituciones Públicas más sensibles⁷¹”. Algunos de los resultados específicos expuestos por la AID como resultado del proyecto de Apoyo al Sector de la Justicia son: ⁷² (1) la liberación a través de esfuerzos de defensa legal de las Organizaciones no Gubernamentales apoyadas por la AID, de cientos de personas acusadas de terrorismo: 200 en 1996, 500 en 1997 (incluyendo la absolución para 74 ciudadanos según recomendación de la Comisión de Absoluciones y de la Defensoría del Pueblo), 360 en 1998 y 700 en 1999; (2) la realización del primer estudio sobre la percepción de los ciudadanos peruanos sobre la situación de derechos humanos; (3) el suministro, a través de consultorios jurídicos apoyados por la AID, de servicios legales, de mediación y de conciliación gratuitos; (4) la capacitación a los promotores de derechos humanos; (5) la preparación del país, a través del apoyo del Ministerio de Justicia y de grupos privados, para la capacitación en casos conciliatorios que estará en vigencia en el año 2000.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

En 1994 Perú recibió US\$1.4 millones del BID, con recursos del Fondo Multilateral de Inversiones, para un programa de resolución de conflictos alternativos. El primer préstamo fue hecho por el BID el 25 de noviembre de 1997. El total del préstamo era de US\$20 millones “para apoyar el comienzo de un programa de reforma judicial en sectores geográficos

⁶⁸ Coletta Youngers, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁹ “Habla Goldman”, *op. cit.*

⁷⁰ Usaid Congressional Presentation, FY, 1997, Perú. <<http://www.info.usaid.gov/pubs/cp97/countries/pe.htm>> (visitada el 11 de marzo).

⁷¹ Los nombres de los otros dos proyectos son: Proyecto de democracia participativa (Prodem) y Proyecto de Desarrollo de Gobiernos Locales (LGD).

⁷² Información tomada del *Usaid Congressional Presentation*, años fiscales 1997, 1998, 1999 y 2000, relacionados con Perú.

y sociales que no tienen el debido acceso al sistema judicial debido a la falta de recursos humanos y físicos⁷³.”

El Banco Mundial

El 4 de diciembre de 1997 el Banco Mundial anunció que había aprobado un préstamo de US\$ 22.5 millones para Perú. El Banco declaró: “el proyecto modernizará la estructura administrativa y las operaciones de la justicia, desarrollará un sistema de carrera judicial transparente y basado en la excelencia mejorando su desempeño para lograr independencia, responsabilidad, eficiencia, mayor acceso, aptitudes profesionales e integridad⁷⁴”. El anuncio del préstamo fue hecho únicamente dos semanas después de que el BID anunciara un préstamo para la reforma judicial. En efecto, el Banco confesó en un primer borrador del proyecto que: “Ha habido una coordinación cercana entre el Banco y el BID durante la preparación, incluyendo misiones conjuntas⁷⁵”. Hay muchas razones para pensar que los dos proyectos deben ser considerados como un esfuerzo conjunto de los bancos multilaterales para apoyar al gobierno de Fujimori. Estas razones incluyen sus líneas económicas neoliberales y sus triunfos políticos en la derrota a la subversión. Sin embargo, el proyecto del Banco Mundial ha tenido que afrontar muchos problemas desde el comienzo de la negociación en 1995. El mayor problema fue que desde el principio, el Banco Mundial ignoró la bien documentada evidencia del estado de subordinación del sistema judicial en Perú, y los antecedentes de intervenciones autoritarias de Fujimori en el sistema judicial.

Dentro de este contexto, está claro que el proyecto de reforma del sistema judicial de Fujimori empezó como una forma de aprovecharse de los préstamos financiados por el Banco Mundial y por el Banco Interamericano de Desarrollo, e institucionalizó muchas de las intervenciones presidenciales en el sistema judicial. Los recursos para comenzar un programa de reforma judicial fueron donados por el gobierno del Japón. En efecto, el gobierno japonés donó US\$850.000 al gobierno peruano para preparar el terreno para una mayor inversión financiera en el sistema judicial.

A pesar de la falta de autonomía del sistema judicial del Perú, el Banco Mundial aprobó un préstamo por US\$22.5 millones en diciembre de 1997. Sin embargo, sólo tres meses después estalló la crisis cuando, el 12 de marzo de 1998, la coalición gubernamental del Congreso peruano aprobó la Ley 26933. Esta ley eliminaba el poder que tenía el Consejo Nacional de la Magistratura para sancionar a los jueces y fiscales y lo transfirió a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. Los miembros del Consejo

⁷³ BID, “BID aprueba US\$20 millones para mejorar el acceso a la justicia en Perú”, *Press Release*, noviembre 25, 1997.

⁷⁴ World Bank, “World Bank Helps Pioneer Judicial Reform in Perú”, en *Press Release* Washington, DC, diciembre 4, 1997.

⁷⁵ World Bank, *Perú-Judicial Reform Project. Project ID. PEPA40107*, diciembre, 1996.

Nacional de la Magistratura renunciaron en señal de protesta. Como reacción a la intervención del gobierno en el Consejo Nacional de la Magistratura, el Banco Mundial decidió posponer la puesta en marcha del préstamo por un periodo de seis meses.

Finalmente, el proyecto fue cancelado en 1998. La página Web del Banco Mundial dio la siguiente explicación con relación al préstamo: "El Acuerdo de Préstamo terminó antes de ser efectivo debido a desarrollos adversos que afectaban el Consejo Nacional de la Magistratura y demostraban una falta de compromiso del gobierno en relación con las reformas"⁷⁶.

Sistema político y reforma judicial en Venezuela

El rol del poder judicial en los contextos social y político

Durante la mayor parte del siglo xx, la rama judicial en Venezuela fue relegada a un segundo plano dentro de la arena política. Ello fue posible debido a las dictaduras militares que gobernaron a Venezuela durante la primera mitad del siglo. Con el regreso de la democracia a finales de los años cincuenta, se dio origen a un nuevo sistema político consagrado en la Constitución de 1958. Las nuevas instituciones democráticas subordinaron la rama judicial al control burocrático de los partidos políticos. Los años sesenta y setenta fueron años de creciente intervención del Estado en la economía y en los conflictos sociales. Esta fue una razón adicional para una mayor marginación de la rama judicial, que era responsable de conocer conflictos individuales en áreas de derecho civil y laboral, y de castigar los comportamientos criminales. El Estado se reservó para sí mismo el derecho de conocer los conflictos sociales colectivos relacionados con aspectos laborales y agrarios. Esta tendencia fue reforzada en los años setenta después del *boom* petrolero de 1973 y de la nacionalización del petróleo en 1974, que fueron el origen de un Estado paternalista.

El cambio del modelo económico impuesto por el contexto económico internacional fue introducido a principios del segundo gobierno del presidente social-demócrata Carlos Andrés Pérez. Este cambio fue evadido por los gobiernos durante los años ochenta. El presidente Pérez firmó un acuerdo de *stand by* con el Fondo Monetario Internacional con la idea de someter la economía venezolana a un programa de ajuste estructural. El anuncio de las reformas económicas, disimuladas durante la campaña electoral, produjo una increíble sublevación social en febrero de 1989 llamada el "Caracazo". Esta protesta tuvo como resultado la muerte de por lo menos 300 personas.

La crisis que estalló en 1989 fue el principio de una reacción social muy fuerte en contra de la corrupción del sistema político. La corrup-

⁷⁶ Página Web del Banco Mundial, <http://www1.worldbank.org/legal/legop_judicial/Judannex.htm> (Visitada el 22 de marzo de 2000.)

ción política en Venezuela derrochó los enormes recursos económicos que la economía venezolana había generado en el periodo del Estado intervencionista. Esta crisis social, política y económica produjo un inesperado llamado a la Corte Suprema, la cual tuvo que hacer pronunciamientos en algunos de los aspectos más controvertidos de la arena política, tales como la investigación de los hechos ocurridos en febrero de 1989. El sistema judicial no estaba capacitado para decidir sobre la responsabilidad de las muertes en la sublevación popular. Al mismo tiempo, el sistema judicial no estaba exento de los reclamos públicos en materia de corrupción. Cuando los partidos políticos hicieron un llamado a la rama judicial solicitando su intervención para dar fin a la crisis política, el resultado fue la intensificación de la crisis en la rama judicial y la pérdida de prestigio social. Esto se debió a que la rama judicial era parte importante de la crisis en el sistema político pues participaba del "clientelismo" político y de la corrupción de todo el sistema. La Corte Suprema fue la responsable de resolver el impase político originado por las denuncias de corrupción contra el presidente Carlos Andrés Pérez en 1992. Finalmente, la Corte decidió procesar al presidente, quien se vio obligado a renunciar a su cargo.

Reforma judicial, reforma del Estado y reforma constitucional

En el marco de estudios para la reforma estatal elaborados por la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (Copre), se comenzó a discutir la necesidad de hacer mayores reformas al sistema judicial. En efecto, a finales de 1986, la Copre recomendó una serie de medidas al presidente Jaime Lusinchi en relación con los aspectos legales y administrativos del sistema judicial. En ese momento se propusieron dos leyes para abordar los problemas identificados por la Copre; ambas relacionadas con el Consejo de la Judicatura. La primera fue la creación de una Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, y la segunda, sugería la transferencia de algunas funciones ejecutivas a dicho Consejo. En 1997 y 1998, el Congreso de Venezuela aprobó algunas de las leyes propuestas; sin embargo, esto creó mayor confusión con respecto a las funciones de las diferentes instituciones judiciales y, en consecuencia, no fueron aplicadas⁷⁷.

Como se enunció anteriormente, la crisis de 1989 fue el principio de una década de inestabilidad política, colapso económico y erupción social. Por esta razón, con respecto a las reformas del sistema político en su conjunto, los diferentes intentos para reformar el sistema judicial fueron bloqueados por la falta de consenso político entre las diferentes fuerzas en el Congreso. Desde ese momento se hizo evidente que las reformas del sistema judicial estaban atadas a uno de los puntos más importantes de la

⁷⁷ Provea, "La reforma judicial: una década de intentos inconclusos", en *Situación de los derechos humanos en Venezuela. Informe anual, octubre 1996- septiembre 1997*. <<http://www.derechos.org.ve/situacion/informes/anual/9/index.html>>.

discusión política: la necesidad de reformas constitucionales para modificar la estructura del Estado y crear un nuevo pacto social. Sin embargo, el sistema político no estuvo capacitado para lograrlo. Por esta razón, fracasaron todas las propuestas basadas en reformas constitucionales o legales del sistema judicial. Algunas de ellas fueron las siguientes:

En 1990 se formó un Comité de Reforma Judicial con la participación de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia. El Comité trató de realizar las propuestas hechas por la Copre desde 1986. Para este efecto, el Comité elaboró proyectos de ley relacionados con el Consejo de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, etc. Sin embargo, todos ellos fracasaron⁷⁸.

En 1992 se estableció una Comisión Bicameral dirigida por el ex-presidente Rafael Caldera (en ese momento senador) para revisar la Constitución. Se hicieron varias propuestas relacionadas con la necesidad de reformar el marco de trabajo constitucional del sistema judicial. Las propuestas fueron archivadas por falta de consenso político sobre las reformas a la Constitución⁷⁹.

En 1996, una subcomisión especial del Congreso elaboró algunas propuestas para reformar el capítulo constitucional relacionado con el sistema judicial. Sin embargo, nuevamente estas propuestas fueron archivadas⁸⁰.

Los fondos internacionales para la reforma judicial

Venezuela fue el primer país que recibió un préstamo del Banco Mundial para un proyecto de reforma judicial. El proyecto fue aprobado formalmente por el Banco Mundial en agosto de 1992⁸¹ y rápidamente entró en un increíble proceso de obstáculos políticos y burocráticos que han hecho de dicho préstamo una verdadera pesadilla para el Banco Mundial. La inestabilidad política de Venezuela hizo imposible la formalización del acuerdo con el Banco Mundial durante cerca de año y medio. Las medidas económicas impuestas a Venezuela por el FMI y el Banco Mundial fueron una de las causas del origen de la crisis política –o al menos esa era la percepción de la mayoría de los venezolanos–. Finalmente, en diciembre de 1993 se firmó el acuerdo por el entrante presidente Caldera. El préstamo del Banco Mundial estaba valorado en US\$30 millones. La organización representante del gobierno venezolano en este proyecto fue el Consejo de la Judicatura.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ Provea ha señalado que el proceso de negociación entre el gobierno venezolano representado por Cordiplan (Oficina Nacional de Planeación), la Copre y el Consejo de la Judicatura con el Banco Mundial comenzó a fines de 1991. *Ibíd.*

Este primer proyecto de reforma judicial financiado por el Banco Mundial era muy similar a los proyectos apoyados por la AID en los años ochenta en otros países de América Latina. Este proyecto incluía entre sus objetivos el mejoramiento de la capacidad administrativa del Consejo de la Judicatura, la modernización del manejo de las salas de la Corte, la reapertura de la escuela judicial, y la construcción, rehabilitación y mejoramiento de las sedes judiciales⁸². La meta del Banco estaba dirigida hacia el fortalecimiento de la capacidad institucional del Consejo de la Judicatura para administrar el sistema judicial y mejorar su infraestructura física⁸³. Los resultados de este proyecto fueron similares a otras experiencias iniciales de la AID con proyectos de reforma judicial, muy pobres.

El proyecto original fue diseñado con el compromiso del gobierno venezolano de contribuir a la financiación del proyecto con US\$30 millones adicionales. La suma total del proyecto (US\$60 millones) se distribuyó en cuatro grandes componentes: (1) Consejo de la Judicatura (US\$5.3 millones): buscaba fortalecer su capacidad de planeación, presupuesto y administración; (2) Corte Suprema de Justicia (US\$19.7 millones): buscaba reorganizar y asegurar la autonomía de sus salas; (3) Escuela Judicial (US\$5.3 millones), y (4) adecuación y dotación (US\$25.4 millones): buscaba rehabilitar las instalaciones existentes y construir nuevas salas de la Corte⁸⁴. El gobierno venezolano era el responsable de financiar la rehabilitación y construcción de los nuevos salones de las cortes y los tribunales.

El 30 de diciembre de 1997, el Banco Mundial ofreció un segundo préstamo para Venezuela por un valor de US\$ 4.7 millones, “para ayudar a modernizar la Corte Suprema de Venezuela por medio de la colaboración de depositarios como el personal interno y la justicia, organizaciones no gubernamentales interesadas, grupos empresariales, Jueces de Paz y otras instituciones del Sector Jurídico”⁸⁵. El proceso de negociación de este nuevo préstamo se inició en 1996 y el apoyo financiero para las primeras etapas del proyecto fue recibido de parte del gobierno japonés a principios de 1997⁸⁶. Con base en algunas críticas de las Organizaciones no Gubernamentales sobre el primer proyecto judicial del Banco Mundial en Venezuela, el Banco utilizó una forma inclusiva de presionar el proceso de reforma en este segundo proyecto. El Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea) llamó esta experiencia como la “vía social” de reformar el sistema judicial de Venezuela⁸⁷.

⁸² Lawyers Committee for Human Rights and Provea, *Halfway to Reform. The World Bank and the Venezuelan Justice System*, New York, 1996.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ World Bank, “Innovative Loan for Judicial Sector in Venezuela”, en *Press Release*, diciembre 30, 1997.

⁸⁶ Provea, *op. cit.* Los mecanismos de apoyo del gobierno japonés para empezar proyectos judiciales aprobados por el Banco Mundial también fueron usados en Perú.

⁸⁷ *Ibíd.*

La revolución venezolana a través de una Asamblea Constituyente: el contradictorio papel de la Corte Suprema de Justicia

La elección de Hugo Chávez como presidente fue el comienzo de la "revolución" venezolana a través de una Asamblea Constituyente. La Asamblea sesionó durante cuatro meses y redactó una nueva Constitución que transformó la estructura política del Estado. Todo el proceso constituyente de Venezuela durante 1999 se realizó por medio de tres elecciones nacionales: las elecciones para el referéndum el 25 de abril de 1999, la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente el 25 de julio de 1999, y el referéndum que aprobó la nueva Constitución Política el 15 de diciembre de 1999.

Entre febrero y octubre de 1999 la Corte Suprema de Justicia de Venezuela profirió nueve decisiones judiciales sobre diferentes aspectos del proceso constituyente. Esto significó un promedio superior a una decisión judicial por mes, en un país (y una Corte) con graves problemas de congestión y lentitud judicial. Es claro que los partidos políticos tradicionales, Acción Democrática (AD) y Copei, intentaron valerse de la Corte Suprema de Justicia para detener el proceso de cambios políticos que no pudieron lograr en la arena política. Al mismo tiempo, al interior de la Corte Suprema había diferentes posiciones políticas con respecto al proceso del cambio institucional, las cuales tuvieron un papel importante en toda la discusión y en la solución final. La magnitud de la "producción" judicial en el proceso político de cambio hizo que el proceso fuera extremadamente incierto en términos políticos. Esta fue quizás la razón más importante para una larga confrontación verbal que comprometió inicialmente al presidente Chávez y la presidenta de la Corte Suprema, y más adelante, a la Asamblea Nacional Constituyente y la Corte Suprema. Chávez y sus seguidores consideraban el proceso para convocar una Asamblea Constituyente como supraconstitucional. El proceso de cambio liderado por Chávez, que prometía ser radical, no podía ser limitado por decisiones judiciales inciertas. Sin embargo, ellos tampoco podían ser por la fuerza.

La Corte Suprema no fue la víctima de este proceso, como trataron de describirlo algunos medios de comunicación internacionales y algunos analistas. Fue un actor muy importante, con verdadero poder pero sin la suficiente legitimidad social para contener a las fuerzas políticas y sociales que apoyaban los cambios institucionales. A pesar de las señales de mayor independencia de la Corte con respecto a la vieja estructura política —especialmente gracias a las grandes sumas de dinero del proyecto financiado por el Banco Mundial—, sus históricas conexiones con los partidos políticos tradicionales desgastaron el bajo nivel de legitimidad que tenían, y al final la Corte tuvo que ceder ante los nuevos actores políticos y sociales.

La Asamblea Constituyente y la reforma del sistema judicial

Creación de la Comisión de Emergencia Judicial

Algunos miembros de la Corte Suprema de Justicia, dirigidos por su presidenta Cecilia Sosa, creían que la Corte tenía que cumplir con la tarea de "supervisar" las decisiones y acciones de la Asamblea Constituyente. Aún después de que la Asamblea empezara a trabajar, la presidenta de la Corte continuó con la polémica pública sobre el poder de la Asamblea Constituyente. A mediados de agosto de 1999, Cecilia Sosa afirmó en una entrevista: "La Asamblea Constituyente no puede sustituir, ni puede administrar, coadministrar, cogobernar, ni al Poder Ejecutivo, ni al Legislativo ni al Judicial"⁸⁸. Sin embargo, sus críticas fueron más allá de este punto cuando dijo: "La Asamblea Nacional Constituyente (ANC) no está hecha para dictar actos, está hecha para hacer una Constitución y consultarla al pueblo. Ni más ni menos. Yo no sé para qué hay una Gaceta Constituyente (...). El único acto que las bases le dieron a la Asamblea es su reglamento"⁸⁹. En la misma entrevista ella habló sobre la posibilidad de controlar los actos emitidos por la Asamblea Constituyente. Sosa dijo: "todo acto (emitido por la ANC) puede ser llevado a la Corte Suprema de Justicia para su conocimiento, y será ella misma la que diga si son sometidos o no a control constitucional de la Corte"⁹⁰.

La reacción de la Asamblea Constituyente fue inmediata. El 19 de agosto de 1999 la Asamblea Constituyente aprobó un "Decreto de Emergencia Judicial" y creó una Comisión de Emergencia Judicial, con la misión de evaluar de inmediato el funcionamiento institucional de la Corte Suprema de Justicia. Algunos miembros de la Asamblea Constituyente, como también el magistrado de la Corte Alirio Abreu Burelli, miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueron nombrados para esta misión. La Asamblea estableció que el Consejo de la Judicatura debería presentar una evaluación del sistema judicial en 20 días. La expedición del decreto fue precedida por un debate muy polémico en el interior de la Asamblea, porque un grupo de miembros del Polo Patriótico querían una completa intervención de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Judicatura. Cuando la Asamblea organizó un consenso acerca del decreto de Emergencia Judicial, Luis Miquilena, presidente de la Asamblea, dijo: "Si la Corte toma cualquier medida que choque contra las decisiones de la Constituyente, tengan ustedes la seguridad de que por unanimidad no vacilaremos en eliminarla"⁹¹. Los miembros de la oposición se opusieron fuertemente a

⁸⁸ Carlos Blanco, y Alonso Moleira, "La Constituyente no puede sustituir ni cogobernar a los poderes públicos", en *El Nacional*, Caracas, agosto 17, 1999.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Alexander Duarte, "La Constituyente evaluará todos los órganos del poder judicial", en *El Nacional*, Caracas, agosto 20, 1999.

las principales decisiones, ya que ellos no creían en la naturaleza original de la Asamblea⁹².

La posición oficial de la Corte en el decreto de reorganización del poder judicial fue establecida por la sala plena de la Corte Suprema de Justicia a través de un comunicado con fecha de agosto 23 de 1999. La Corte sostuvo:

La situación del Poder Judicial y los vicios que lo afectan han sido una constante del debate político nacional en el cual la Corte Suprema de Justicia ha estado presente, estableciendo los lineamientos básicos de las vías a través de las cuales debe producirse el saneamiento de esta rama del Poder Público (...) El Decreto de Reorganización del Poder Judicial (...) contempla un compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato a través de una Comisión de Emergencia Judicial a la revisión de los expedientes de los jueces y a su evaluación (...) ⁹³.

El acuerdo fue aprobado con el voto de ocho de los catorce jueces supremos de la Corte. Al día siguiente, la presidenta de la Corte Suprema, quien votó en contra del texto del comunicado aprobado por mayoría, renunció. Después de su renuncia convocó a una conferencia de prensa y leyó una declaración muy dramática en la que decía:

La Corte Suprema de Justicia se ha autodisuelto. Me dirijo al mundo democrático, y en particular a los demócratas de mi país en vista de que la Corte Suprema de Justicia por mayoría de ocho votos contra seis violó el Estado de Derecho y avaló la injerencia de la Asamblea Nacional Constituyente en la independencia del Poder Judicial (...) Estimo que al acatar el decreto de la Asamblea Nacional Constituyente que acuerda la emergencia judicial, la Corte Suprema se autodisuelve. Yo no puedo formar parte de una ficción de Corte Suprema. Sencillamente, la Corte Suprema de Justicia de Venezuela se suicidó para evitar ser asesinada. El resultado es el mismo: está muerta⁹⁴.

Las palabras de la exmagistrada tuvieron un fuerte impacto, especialmente fuera de Venezuela. Los medios de comunicación a nivel mundial presentaron el hecho como el cierre de la Corte Suprema de Justicia. El resultado práctico de la renuncia de Sosa fue el cambio de fuerzas dentro de la Corte. La sala plena de la Corte Suprema de Justicia manifestó ese cambio de correlación de fuerzas en una decisión judicial proferida tres

⁹² Alcides Castillo, "La Asamblea Constituyente carece de atribuciones para intervenir el sistema de justicia", en *El Nacional*, Caracas, agosto 20, 1999.

⁹³ Acuerdo de la sala plena de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, agosto 23 de 1999.

⁹⁴ Cecilia Sosa Gómez, *Renuncia de la presidencia de la Corte Suprema de Justicia*, Venezuela Analítica. <http://www.analitica.com>.

semanas más tarde, el 14 de octubre de 1999, cuando la Corte decidió una demanda interpuesta por el presidente de la Cámara de Representantes Enrique Capriles. La demanda fue presentada con la intención de que la Corte Suprema de Justicia declarara la nulidad del decreto fechado el 25 de agosto de 1999 por la Asamblea Nacional Constituyente; este decreto regulaba las funciones del poder judicial. La Corte en pleno, con una opinión emitida por el magistrado Iván Rincón, declaró la supra-constitucionalidad de la Asamblea.

Unas semanas después, el magistrado Iván Rincón, nuevo presidente de la Corte Suprema, afirmó en una entrevista que con la declaración de supra-constitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente los magistrados de la Corte demostraron madurez política y jurídica para adaptarse al proceso constituyente. En su opinión, "esta adaptación no menoscaba el control jurisdiccional que ejerce la Corte y su rol de garante del Estado de derecho"⁹⁵. El magistrado Rincón sostuvo que ellos no recibieron ningún tipo de presión para declarar el carácter supra-constitucional de la Asamblea Constituyente.

Composición de las nuevas instituciones judiciales

Una de las últimas medidas tomadas por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) el 22 de diciembre de 1999, fue la de adoptar un régimen de transición de los poderes públicos. Con esta medida el Congreso concluyó sus funciones así como lo hicieron las asambleas legislativas regionales. Al mismo tiempo, la ANC eligió 22 miembros para la Comisión Legislativa o "Congresito", que sería el ente legislativo provisional hasta la elección del nuevo Congreso, ahora un ente unicameral llamado Asamblea Nacional. La ANC nombró un nuevo fiscal general, un nuevo contralor general y el primer *Ombudsman* o Defensor del Pueblo. Al mismo tiempo, la ANC eligió nuevos miembros del Tribunal Supremo de Justicia y organizó la composición de sus nuevas salas⁹⁶.

El Tribunal Supremo inició actividades el 12 de enero de 2000. En la apertura del año judicial 2000, el presidente del Tribunal Superior de Justicia, Iván Rincón, dijo que una de las prioridades del nuevo cuerpo judicial sería el acceso a la justicia. Anunció que el Tribunal Supremo de Justicia abriría una Oficina de Orientación Ciudadana con fondos del Banco Mundial (US\$200.000) y del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, UNDP (US\$70.000), y que ofrecería servicios en diferentes regiones del país⁹⁷.

⁹⁵ Edgar López, "La Corte Suprema no puede erigirse como una pared para contener la ANC", en *El Nacional*, Caracas, octubre 24, 1999.

⁹⁶ Cenovia Casas y Alcides Castillo, "ANC designó al fiscal, contralor y defensor del pueblo", en *El Nacional*, Caracas, diciembre 23, 1999.

⁹⁷ Edgar López, "Investigan a exmagistrados del Consejo de la Judicatura", en *El Nacional*, Caracas, enero 13, 2000.

La Comisión para el Funcionamiento y Reconstrucción del Poder Judicial

La Comisión fue instalada el 21 de enero de 2000. Representaba una extensión de la Comisión de Emergencia Judicial, la cual terminó su trabajo cuando lo hizo la Asamblea, y estaba compuesta por ocho miembros. El antiguo constituyente Manuel Quijada fue elegido como presidente de esta Comisión, ya que él era presidente de la que existía anteriormente. Después de la instalación de la Comisión, su presidente hizo una serie de anuncios públicos: (1) el 60% ó 70% de los actuales jueces serían destituidos⁹⁸; (2) la Comisión haría la auditoría del uso de fondos del anterior Consejo de la Judicatura, especialmente aquellos relacionados con los fondos del proyecto del Banco Mundial⁹⁹; (3) la Comisión reestructuraría el Consejo de la Judicatura precedente¹⁰⁰; (4) el número de tribunales se aumentaría de 1.200 a 2.000¹⁰¹; (5) aproximadamente 400 jueces habían sido suspendidos o despedidos del sistema judicial desde que la emergencia judicial fue declarada por la Asamblea Constituyente¹⁰²; (6) por lo menos el 20 % de los nuevos jueces fueron asignados de manera permanente, y más del 80% fueron designados provisionalmente¹⁰³; (7) las evaluaciones de los nuevos jueces serían hechas por un grupo especial de jurados ad-hoc. Los evaluadores serían designados por asociaciones de abogados, por la Corte Suprema de Justicia, las Organizaciones no Gubernamentales y la comunidad en general. En este punto, la Comisión publicó en los periódicos una lista de 180 candidatos para el cargo de evaluador, de los cuales se seleccionarían 150¹⁰⁴.

Una de las primeras medidas de la Comisión en el funcionamiento y la reestructuración del poder judicial fue la de anunciar la lista de los 108 candidatos para sustituir el mismo número de jueces que habían sido suspendidos por la Asamblea Constituyente. Los candidatos podían ser expulsados en caso de cualquier evidencia en contra de ellos. Sin embargo, los sustitutos serían asignados de manera provisional hasta que se realizara un concurso para competir por un puesto dentro del sistema judicial, cuando éste se abriera en un futuro¹⁰⁵. Al publicar la lista de candidatos, el público denunció que uno de ellos no era abogado y tenía docu-

⁹⁸ "Manuel Quijada prevé destitución de 70% de jueces actuales", en *El Nacional*, Caracas, enero 22, 2000.

⁹⁹ Willmer Poleo Zerpa, "Comisión de reestructuración judicial auditará al Consejo de la Judicatura", en *El Nacional*, Caracas, enero 25, 2000.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Alexander Duarte, "Incrementarán a 2.000 el número de tribunales en el país", en *El Nacional*, Caracas, febrero 24, 2000.

¹⁰² Manuel Quijada, "El nuevo poder judicial", en *El Nacional*, abril 14, 2000.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Edgar López, "108 candidatos a jueces serán evaluados por la sociedad civil", en *El Nacional*, Caracas, febrero 16, 2000.

mentos falsos. Estas denuncias fueron muy embarazosas para los miembros de la Comisión quienes pre-seleccionaron los candidatos¹⁰⁶. Sin embargo, es muy pronto para hacer una valoración definitiva del trabajo de la Comisión.

Conclusiones

Durante la última década, los proyectos de reforma judicial conocidos como de Rule of Law han jugado un rol importante en el contexto general de reformas de los sistemas judiciales y legales en todo el mundo. No obstante, el llamado proceso de globalización del derecho implica una interacción compleja entre esferas transnacionales, nacionales y locales que necesitan ser observadas con cuidado. Luego, para entender este delicado proceso, es importante superar los lugares comunes que reproducen el discurso de los actores transnacionales e indagar sobre procesos políticos y sociales en casos específicos. Así, en cuanto a los programas de Reforma Judicial financiados por la AID, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo durante los años noventa en América Latina, y los programas de reforma desarrollados en Colombia, Perú y Venezuela, se puede notar que ambas experiencias, tanto la de los organismos transnacionales y como las de los países mencionados, permiten introducir diferentes elementos de análisis.

Una observación sobre los recursos asignados y las prioridades de los organismos mencionados permite entender el contenido de los programas de reforma judicial. El Banco Mundial y el BID han invertido casi US\$300 millones entre 1992 y 1999 para financiar las reformas del sistema judicial en toda América Latina. Estos bancos se han centrado en lo que David Trubek llama el proyecto de mercado, es decir, han tratado de aumentar el crecimiento económico y la prosperidad a través de la existencia de instituciones jurídicas eficientes¹⁰⁷. De otra parte, la AID ha invertido US\$ 410.7 millones entre 1986 y 1998 para financiar los programas de ROL en 21 países de América Latina. El papel de la AID ha sido más complejo y controvertido debido a sus conexiones con el gobierno de Estados Unidos y a la naturaleza política de sus actividades. La mayoría de los programas financiados por la AID han demostrado interés por el sistema judicial penal y por la capacitación a organismos de policía, aunque en algunas ocasiones ha financiado en menor proporción programas en otras áreas, como derechos humanos o acceso a la justicia. A pesar del interés paradójico de la AID por promover la protección de los derechos humanos durante los años ochenta, su intervención en países con problemas políticos parece ser parte de un proyecto más amplio de estabilización política y control social,

¹⁰⁶ Willmer Poleo Zerpa, "Por denuncias graves suspendieron a 83 jueces en todo el país", en *El Nacional*, Caracas, marzo 30, 2000.

¹⁰⁷ David Trubek, *op. cit.*

especialmente a través del sistema de justicia penal. Los contenidos amplios y versátiles de los programas ROL de la AID le permiten una intervención diferenciada de acuerdo con las prioridades políticas del gobierno de Estados Unidos. Este hecho explica la ayuda de numerosos programas como la persecución de narcotraficantes (por ejemplo, en Colombia), la justicia penal y la policía (en Argentina, Bolivia y El Salvador), la promoción de la transición civil de los gobiernos (en Panamá o Haití), o la capacitación de las fuerzas policiales (en Haití y El Salvador).

Lo político y los programas de Rule of Law son indivisibles a pesar de lo que se diga en el discurso interno de cada organismo transnacional. Por ejemplo, el personal del Banco Mundial se ha convencido de que su ayuda es estrictamente técnica, mientras que el BID ha diseñado una posición intermedia en la medida que se apoya en la teoría económica neo-institucionalista para promover proyectos de "buen gobierno" y de eficiencia institucional. La AID y el gobierno de Estados Unidos han hecho las declaraciones más explícitas sobre los lazos entre estos programas y su dimensión política, según las cuales es necesario promover compromisos políticos en los gobiernos de países beneficiarios. Sin embargo, estos nexos entre reforma judicial y política, reducidos al cumplimiento de los objetivos institucionales del gobierno de Estados Unidos, se desvanecen en el micro-nivel de los programas de desarrollo, en donde el discurso técnico de ingeniería institucional fractura la comunicación con los procesos sociales existentes. Pero más allá del discurso de cada organismo, la naturaleza de las reformas del sistema judicial y los programas de Rule of law deben implicar, no solamente el intento por transformar la estructura de la institución y el surgimiento de conflictos entre los diferentes actores políticos, sino además la necesidad de entender los espacios de producción de los conflictos sociales. En los contextos nacionales hay una amplia gama de confrontaciones que dan resultados impredecibles, y más aún, que pueden influenciar lo que los organismos transnacionales llaman el éxito o el fracaso de las reformas legales y judiciales. En el contexto de los países que hemos revisado, los programas de reforma judicial irrumpieron en el mismo momento que aparecían procesos internos de crisis en los cuales los contenidos y el significado de la democracia y la justicia estaban en juego. La transición de un modelo inconcluso de bienestar a un modelo neoliberal implica una mayor visibilidad de fracasos institucionales y del surgimiento de diferentes conflictos políticos.

En los estudios de caso, las dinámicas y los resultados han sido diferentes pero hay varios elementos importantes para tener en cuenta. Primero, en los tres casos el poder judicial históricamente ha jugado un rol marginal en el área social, que se manifiesta en fenómenos de dependencia orgánica y económica (con la excepción de la independencia orgánica del sistema judicial en Colombia), y en un activismo judicial muy discreto. Esta irrelevancia social contrasta con la prominencia tradicional de la rama

ejecutiva durante el periodo del Estado de bienestar. Sin embargo, todos estos países han experimentado un proceso político y económico de transición que exige un nuevo rol social del sistema judicial.

Segundo, En cuanto al origen y el desarrollo de los programas de AOJ y ROL, se pueden observar diferentes etapas. Una primera etapa más bien exploratoria, como sucedió con la primera fase del PMAJ en Colombia financiada por la AID (1986-1990), con el programa de la AID en Perú (1986-1991) y con el programa del Banco Mundial en Venezuela (1992). No obstante, durante los años noventa las reformas aumentaron en un momento en el que los países pasaban por dos transiciones diferentes: la transición a un nuevo modelo económico y la transición a una nueva estructura política. Así, las reformas trataron de romper el pasado político y económico para construir un nuevo orden institucional. Por ejemplo, el programa de reforma en Venezuela creado por el Banco Mundial en 1992, fue una consecuencia del proceso de ajustes económicos. La segunda etapa del PMAJ en Colombia llegó después de una nueva estructura política de la Constitución de 1991, y la reforma en Perú fue el resultado de la transformación política impuesta por Alberto Fujimori. En este contexto de ruptura había diferentes expectativas sociales en cuanto a la democracia, la economía y la confianza institucional que condujeron al sistema judicial a ser considerado tanto un objetivo como un medio. Era un objetivo de reforma en los tres casos examinados por problemas de ineficiencia, de impunidad (como en Colombia), o de corrupción (como en Perú y Venezuela). No obstante, también se consideraba como un medio en la medida que debía aumentar la construcción de un nuevo proceso social e institucional. Sin embargo, los contenidos y los resultados han sido diversos en cada caso.

Tercero, la transformación política y el proceso de reformas del sistema de justicia dentro del contexto nacional durante los años noventa tiene características diferentes. Primero, el amplio alcance de los contenidos refleja la complejidad del escenario político en cada país. Por ejemplo, el surgimiento de nuevas estructuras y constituciones políticas en Colombia, Perú y Venezuela han permitido ensayar nuevas reformas del sistema legal y judicial. Estas reformas cubren aspectos como la organización de la rama judicial, las relaciones entre las ramas públicas, la creación de organismos responsables de la administración de la rama judicial, la introducción de nuevos tribunales, y la reforma de los sistemas penales. Segundo, a lo largo de este amplio espectro, es posible encontrar instituciones progresistas y conservadoras. Y tercero, el desarrollo de estas reformas arrojó unos resultados inesperados que eran difíciles de prever, como lo señala Uprimny en el caso de Colombia¹⁰⁸. Por ejemplo, la introducción y el desarrollo de la Corte Constitucional y el derecho a la tutela en Colombia, inesperadamente se convirtió en un elemento más de acercamiento entre el sistema

¹⁰⁸ Rodrigo Uprimny, *op. cit.*

jurídico y la sociedad. De otro lado, después de la reforma introducida por Alberto Fujimori, el control del ejecutivo sobre el poder judicial en Perú redujo la posibilidad de desarrollar un sistema judicial independiente.

En el caso de los programas de Rule of Law examinados es posible identificar tres características fundamentales. 1. A diferencia del amplio rango de cambios institucionales en los sistemas legales y judiciales que se pretenden lograr en la esfera nacional, los programas de Rule of Law han tenido más bien un alcance limitado. 2. Son un ejemplo de lo que Santos llama "globalización de alta intensidad", que consiste en una fuerte presión por parte de los organismos transnacionales y la falta (o por lo menos debilidad) de consenso entre las instituciones nacionales¹⁰⁹. El surgimiento y la puesta en marcha de los programas estudiados han mostrado diferentes procesos caracterizados por la falta de consenso institucional en una esfera nacional sobre los contenidos de las reformas y la paradójica contribución de las organizaciones transnacionales a la fragmentación institucional. 3. Los contenidos de los programas hacen énfasis en los objetivos de estabilidad económica y política. Mientras que el Banco Mundial y el BID se han preocupado por la estabilidad social como un medio para lograr un buen ambiente económico en los tres países, la AID se ha interesado en el sistema penal como un medio para obtener mayor control social y político, especialmente en Colombia y Perú.

Finalmente, aunque en este panorama complejo y cambiante las expectativas sobre democracia y justicia están todavía abiertas, es importante tener en cuenta el conocimiento adquirido para así explorar horizontes más democráticos. Debido a que el campo de la democracia y la justicia parece ser más amplio que el de la mera transformación institucional en un periodo de crisis política y económica, la sociología del derecho en América Latina tiene que enfrentar al menos dos retos: primero, promover el conocimiento de los procesos sociales y políticos en cada país, y segundo, más temprano que tarde, es importante tener en cuenta las experiencias emancipatorias que se pueden generar desde los sistemas de justicia formal e informal.

¹⁰⁹ Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*

Bibliografía

- ABAD YUPANQUI, Samuel y Carolina GARCÉS PERALTA, "El gobierno de Fujimori: antes y después del golpe", en *Del golpe de Estado a la nueva Constitución*, Lima, Comisión Andina de Juristas. 1993.
- BID, *Comunicado de prensa*, "El BID aprueba US\$20 millones para mejorar el acceso a la justicia en Perú", noviembre 25 de 1997.
- BLAIR, Harry y Gary HANSEN, *Weighting in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs. USAID Program and Operations Assessment Report No. 7*, Washington DC, febrero de 1994.
- CARRILLO, Fernando, "Los retos de la reforma de la justicia en América Latina", en *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia. 1999.
- CASTRO, Jaime, *La justicia en Colombia*, Bogotá, Colcultura. 1975.
- CORREA SUTIL, Jorge y María Angélica JIMÉNEZ, "Acceso de los pobres a la justicia en Perú", en *Acceso de los pobres a la justicia en países de América Latina*, Franz Vandershueren y Enrique Oviedo (eds), PNUD, Santiago, 1995.
- Comisión Andina de Juristas, *Democracia, derechos humanos y administración de justicia en la Región Andina*, Lima, CAJ, 1994.
- DAKOLIAS, María, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, Boletín Técnico N° 319 del Banco Mundial, Washington, DC, Banco Mundial, 1996.
- De BELAUNDE, Javier, "Aproximación a la realidad de la administración de justicia en el Perú", en *Poder judicial y democracia*, Diego García-Sayan (ed.), Lima, Comisión Andina de Juristas y Centro para la independencia de jueces y abogados, 1991.
- De la JARA, Ernesto, "Reforma de la administración de justicia: al pan, pan y al vino, vino", en *Ideele* N° 89. Lima, agosto de 1996.
- De SOUSA SANTOS, Boaventura, *Toward a New Common Sense*, Nueva York, Routledge. 1995.
- De SOUSA SANTOS, Boaventura, "Law and Democracy: (Mis) trusting the Global Reform of Courts", en Jane Jenson y Boaventura de Sousa Santos (eds), *Globalizing Institutions: Cases studies in social regulation and innovation*, Ashgate, Adershot, 2000.
- De TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "El jurado de honor de la magistratura: balance de cierre", *Ideele* N° 71-72, diciembre de 1994.
- FES-AID, 1986-1991. *Informe de actividades al 31 de diciembre de 1991*, Bogotá, Fundación para la Educación Superior (FES), 1992.
- FES-AID, *Programa para la modernización de la justicia PMAJ. Informe final 1992-1995*, Bogotá, 1996.
- GARDNER, James A., *Legal Imperialism*, Madison, University of Wisconsin Press, 1982.
- GIRALDO, Jaime; Alfonso REYES y Jorge ACEVEDO, *Reforma de la justicia en Colombia*, Bogotá, Instituto SER de Investigaciones, 1987.

- GOPAL, Mohan, *Law and Development: Toward a pluralist vision*. ASIL, Proceeding of the 90th Annual Meeting. Washington DC, marzo 27-30, 1996.
- HAMMERGREN, Linn A., *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Westview Press, 1998.
- HUTCHINSON, Allan y Patrick MONAHAN, (eds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987.
- Banco Interamericano de Desarrollo, *Perfil Venezuela*, <http://www.iadb.org/exr/doc98/pro/pve0057.htm>
- Lawyers Committee for Human Rights y Provea, *Halfway to Reform: The World Bank and the Venezuelan Justice System*, Nueva York, 1996.
- MORÓN DÍAZ, Fabio, *La justicia nunca más debe ser abandonada*, Bogotá, Corte Suprema de Justicia - Imprenta Nacional de Colombia, enero, 1990.
- National Bipartisan Commission on Central America, *Report of the National Bipartisan Commission on Central America*, Nueva York, MacMillan Publishing Co., enero de 1984.
- NORTH, Douglas, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- O'DONNELL, Guillermo, *Polarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*. Documento presentado en la reunión de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), Chicago, septiembre de 1998.
- PALACIO, Germán, "Administración de justicia, jueces y la crisis institucional en Colombia: contradicciones y dilemas", *Jurimprudencias* No. 1, Bogotá, ILSA, 1990.
- PASARA, Luis, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1982.
- Provea, "La reforma judicial: una década de intentos inconclusos" en *Situación de los derechos humanos en Venezuela. Informe Anual, octubre 1996 - septiembre 1997*, <<http://www.derechos.org/ve/situacio/informes/anual/9/index.html>>.
- QUIJADA, Manuel, "El nuevo poder judicial" en *El Nacional*, abril 14, 2000.
- ROWAT, Malcolm; Waleed MALIK y María DAKOLIAS, *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*, Washington, DC, The World Bank, 1995.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Quítate la venda para mirarme mejor*, Lima, Desco, 1999.
- SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper & Brothers, 1942.
- SHIHATA, Ibrahim, "El Banco Mundial", en *Justices Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Jarquin y Carrillo (eds). Washington, DC, Banco Interamericano de Desarrollo, 1998.
- SOSA GÓMEZ, Cecilia, *Renuncia de la presidencia de la Corte Suprema de Justicia*, Venezuela analítica, <http://www.analitica.com>.
- THOME, Joseph, *Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America*, Madison. Documento presentado a la reunión de LASA 2000, Miami, Florida.

- TRUBEK, David, *Law and Development: Then and Now*, ASIL, Proceeding of the 90th Annual Meeting, Washington DC, marzo 27-30, 1996.
- United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, *Report of the Special Reporter on the independence of judges and lawyers, Mr. Param Cumasaswamy. Addendum: Report on the mission to Perú*. E/CN.4/1998/39/Add.1, febrero 19 de 1998.
- United States General Accounting Office (GAO), *Promoting Judicial Reform to Strengthen Democracies*. GAO/NSIAD-93-149, Washington DC, septiembre de 1993.
- United States General Accounting Office (GAO), *Rule of Law Funding Worldwide for Fiscal Years 1993-1998*. GAO/NSIAD-99-158, Washington DC, junio de 1999.
- UPRIMNY, Rodrigo, "Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano", en *Justicia y sistema político*. Bogotá, Iepri-Fescol, 1997.
- Usaid Congressional Presentation, FY, 1997, Perú, <<http://www.info.usaid.gov/pubs/cp97/countries/pe.htm>>
- VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo, "La conferencia de presidentes de Cartagena para la lucha antinarcóticos", en *Análisis político* Nº 9, Bogotá, UN, 1990.
- VALENCIA VILLA, Hernando, *Cartas de batalla*, Bogotá, Universidad Nacional-Cerec, 1987.
- VÉLEZ, Eduardo; Patricia GÓMEZ DE LEÓN y Jaime GIRALDO, *Jueces y justicia en Colombia*, Bogotá, Instituto SER de Investigaciones, 1987.
- WEAVER, Catherine, *The Discourse on Law and Economic Development in the World Bank*. Documento preparado para la Conferencia de MacArthur sobre Changing Role of Law in Emerging Markets and New Democracies, Madison, University of Wisconsin, marzo 24-26, 2000.
- WOLA, *Elusive Justice. The US Administration of Justice Program in Latin America*. Washington DC, 1990.
- World Bank, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, <http://www1.worldbank.org/legal/legop_judicial/Judannex.htm> (Consultada el 22 de marzo de 2000.)
- World Bank, "World Bank Helps Pioneer Judicial Reform in Perú", en *Comunicado de prensa*. Washington, DC, diciembre 4 de 1997.
- World Bank, *Perú-Judicial Reform Project*, Proyecto ID, PEPA40107, diciembre de 1996.
- YOUNGERS, Coletta, *After the Autogolpe: Human Rights in Perú and the US Response*, Washington DC, WOLA, julio de 1994.

Entrevistas

- ALDANA, Eduardo, antiguo director de JSRP. Entrevista realizada por Gabriel Gómez y Carolina Rondón, Bogotá, Cijus, diciembre de 1996.
- GIRALDO ÁNGEL, Jaime, antiguo Ministro de Justicia 1990-1992, Entrevista realizada por Gabriel Gómez y María del Pilar Escallón, Bogotá, Cijus, abril de 1997.
- ROA, Luis Alfonso, antiguo funcionario administrativo de la Usaid en Colombia. Entrevista realizada por Gabriel Gómez, Bogotá, Cijus, diciembre de 1996.

Anexos

Una perspectiva cuantitativa general de la financiación de la AID, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo

En la siguiente tabla se puede observar cómo los programas de reforma a la justicia se han expandido por toda América Latina. Esta ayuda cubre por lo menos 21 países y ascendía a US\$710.3 millones hasta 1999. La agencia más influyente ha sido la AID, la cual está presente en 21 países de América Latina. La AID ha asignado por lo menos US\$ 410 millones únicamente en el programa de ayuda. El segundo órgano más influyente es el Banco Interamericano de Desarrollo, el cual ha apoyado programas en 13 países de América Latina y ha asignado US\$183.4 millones. Finalmente, se encuentran recursos del Banco Mundial en seis países por un monto equivalente a US\$116.2 millones.

TABLA 1.
APOYO A PROGRAMAS DE REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA, 1986-1999
(Millones de dólares)

PAÍS	AID	BID	BANCO MUNDIAL	TOTAL
Argentina	\$2.0 (1989-1993)a \$5.5 (1993-1998)v	\$5.0 (1998)e	\$5.0 (1998)w	\$17.5
Bolivia	\$3.5 (1988-1993)c \$20.2 (1993-1998)v	\$2.7 (1999)u	\$11.0 (1998)w	\$37.4
Brasil	\$4.2 (1993-1998)v	-	-	\$4.2
Chile	\$3.2 (1993-1998)v	-	-	\$3.2
Colombia	\$2.7 (1986-1991)a \$20.5 (1993-1998)v	\$9.4 (1995)f \$1.2 (1995)g	-	\$33.8
Costa Rica	\$2.9 (1988-1991)b \$0.8 (1993-1998)v	\$11.2 (1995)h	-	\$14.9
República Dominicana	\$4.7 (1993-1998)v	\$32.0 (1997)i	-	\$36.7
Ecuador	\$8.4 (1993-1998)v	\$2.0 (1997)j	\$10.7 (1996)m	\$21.1
El Salvador	\$13.7 (1984-1992)b \$40.7 (1993-1998)v	\$22.2 (1996)k	-	\$76.6
Guatemala	\$6.1 (1987-1993)b \$15.0 (1993-1998)v	\$25.0 (1998)l	\$33.0 (1998)t	\$79.1
Haití	\$137.0 (1993-1998)v	-	-	\$137.0
Honduras	\$15.8 (1987-1994)a \$7.8 (1993-1998)v	\$7.2 (1996)n \$1.5 (1996)n	-	\$32.3
Jamaica	\$2.8 (1986-1990)c \$2.3 (1993-1998)v	-	-	\$5.1
México	\$7.3 (1993-1998)v	-	-	\$7.3
Nicaragua	\$18.8 (1993-1998)v	\$1.7 (1996)o	-	\$20.5
Panamá	\$13.1 (1990-1995) \$12.0 (1993-1998)v	\$18.9 (1998)p	-	\$44.0
Paraguay	\$3.3 (1993-1998)v	\$22.0 (1996)m	-	\$25.3
Perú	\$2.8 (1986-1991)c \$8.1 (1993-1998)v	\$1.4 (1994)q \$20.0 (1997)r	\$22.5 (1997)m*	\$54.8
Trinidad y Tobago	\$0.5 (1993-1998)v	-	-	\$0.5
Uruguay	\$0.8 (1990-1993)a \$1.4 (1993-1998)v	-	-	2.2
Venezuela	\$3.7 (1993-1998)v \$4.7 (1997)m	-	\$30.0 (1992)m	\$38.4
Regional	\$18.1 (1993-1998)v	-	-	\$18.1
Otros países del Caribe	\$1.0 (1993-1996)v	-	-	\$1.0
TOTAL	\$410.7 (1986-1998)	\$183.4 (1995-1999)	\$116.2 (1992-1999)	\$710.3

Fuentes:

- (a) Blair, Harry and Hansen, Gary, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*. Usaid, Program and Operations Assessment Report N° 7, Febrero 1994.
- (b) United States General Accounting Office. Foreign Assistance. Promoting Judicial Reform to Strengthen Democracies. Report to Congressional Requesters. GAO/NSIAD-93-149. Septiembre, 1993.
- (c) Washington Office on Latin America. Elusive Justice. The US Administration of Justice Program in Latin America, 1990, p. 14.
- (d) United States General Accounting Office. Aid to Panamá. Improving the Criminal Justice System. Report to the Chairman, Subcommittee on Foreign Operations, Committee on Appropriation, US Senate. GAO/NSIAD-92-147, mayo, 1992.
- (e) A BID, Comunicado de prensa, febrero 11, 1998.
- (f) Proyecto BID 909/OC-CO.
- (g) *No returnable*. Comunicado de prensa, IDB, mayo 30 y septiembre 13, 1995.
- (h) Comunicado de prensa. BID, enero 25, 1995
- (i) Comunicado de prensa. BID, diciembre 18, 1997.
- (j) *No returnable*. Comunicado de prensa, IDB, septiembre 3, 1997
- (k) Comunicado de prensa. BID, mayo 13, 1996
- (l) Comunicado de prensa. BID, agosto 13, 1998.
- (m) Lawyers Committee on Human Rights. Selected World Bank, IDB and ADB Judicial, and/or Legal Reform Projects, marzo 1998.
- (n) Comunicado de prensa. BID, marzo 19, 1996.
- (o) Comunicado de prensa. BID, agosto 7, 1996.
- (p) Proyecto IDB 1099/OC-PN.
- (q) *No returnable*. Comunicado de prensa. IDB, noviembre 25, 1998.
- (r) Proyecto IDB 1061/OC-PE.
- (s) Comunicado de prensa. World Bank, octubre 22, 1998.
- (t) Lawyers Committee on Human Rights. Selected World Bank, IDB and ADB Judicial, and/or Legal Reform Projects, marzo, 1998.
- (u) Comunicado de prensa. BID, junio 30, 1999.
- (v) United States General Accounting Office. *Foreign Assistance: Rule of Law Funding Worldwide for Fiscal Years 1993-98*. GAO/NSIAD-99-158, Washington, DC, junio 1999.
- (w) World Bank, página Web.
- * *Loan agreement was terminated before it became effective.*

Perspectivas cuantitativas del programa de la Usaid en Colombia

Un análisis cuantitativo permite verificar la preeminencia del sistema penal, y especialmente la función de investigación asignada a la Fiscalía. De acuerdo con la tabla 2, del total de proyectos aprobados se asignaron US\$8.6 millones a la Fiscalía, lo cual representa el 63% del presupuesto administrado por la FES. De acuerdo con las metas del programa, los otros órganos recibieron menos recursos para sus programas. Por ejemplo, al Consejo Superior de la Judicatura solamente se le asignó el 5.28% del presupuesto administrado por la FES, y al Ministerio Público, que incluye la Defensoría del Pueblo, recibió únicamente el 12%.

El programa para la Fiscalía fue el más privilegiado. Al igual que con otros programas, los proyectos se dividieron en tres tareas principales: capacitación, desarrollo organizacional y sistemas de información. Todas estas tareas convergían en la meta principal de eficiencia. Ocho de los programas con fondos de FES-AID fueron definidos en los primeros dos años de esta fase. Todos ellos se esforzaron en la eficiencia de su desarrollo, con excepción del proyecto de derechos humanos. Finalmente, es importante recalcar el peso del componente del Sistema de Información, el cual representó el 64% del presupuesto y fue la pieza central del programa.

TABLA 2
INVERSIÓN DE LA AID 1992-1996

Institución beneficiaria	Monto aprobado	Monto gastado	% aprobado	% gastado
Fiscalía General de la Nación	\$8.609.000	\$5.547.000	63,54	62,66
Ministerio de Justicia	\$1.338.500	\$655.200	9,88	7,40
Ministerio Público	\$1.749.000	\$1.514.000	12,91	17,10
Consejo Superior de la Judicatura	\$715.000	\$590.000	5,28	6,66
Programas interinstitucionales	\$1.137.000	\$547.000	8,39	6,18
Total	\$13.548.500	\$8.853.200	100,00	100,00

Ver FES-AID, *Programa para la modernización de la justicia PMAJ*. Informe final. 1992-1995, Bogotá, 1996.

TABLA 3
PROYECTOS DE LA AID PARA LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Capacitación

Proyecto	Monto aprobado	Monto gastado	% aprobado	Año
Capacitación de corto plazo	\$36.000	\$34.000	0,42	92
Talleres de gestión estratégica	\$129.000	\$88.000	1,50	92
Conciliación en materia penal	\$268.000	\$227.000	3,11	94
Derechos humanos	\$70.000	\$64.000	0,81	95
Subtotal	\$503.000	\$413.000	5,84	

Desarrollo organizacional

Proyecto	Monto aprobado	Monto gastado	% aprobado	Año
Unidades de Fiscalía	\$1.929.000	\$1.615.000	22,41	92
Fortalecimiento de las Unidades de Fiscalía	\$4.000	\$4.000	0,05	92
Organización de las Unidades de la Fiscalía	\$205.000	\$51.000	2,38	93
Descongestión en la Fiscalía	\$407.000	\$136.000	4,73	94
Organización en niveles directivos	\$15.000	\$15.000	0,17	95
Subtotal	\$2.560.000	\$1.821.000	29,74	

Sistemas de información

Proyecto	Monto aprobado	Monto gastado	% aprobado	Año
Base de datos en materia penal	\$21.000	\$21.000	0,24	92
Sistema de información para fiscales sin rostro	\$327.000	\$316.000	3,80	92
Sist. de inf. para la Fiscalía Gral. de la Nación	\$5.125.000	\$2.948.000	59,53	93
Sist. de Inf. para la oficina de planeación	\$73.000	\$28.000	0,85	95
Subtotal	\$5.546.000	\$3.313.000	64,42	
Total	\$8.609.000	\$5.547.000	100,00	

Ver, FES-AID, *Programa para la modernización de la justicia PMAJ*. Informe final, 1992-1995, Bogotá, 1996.

Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú*

RAQUEL YRIGROYEN FAJARDO**

A la comunidad campesina de Chalhuayacu, por su resistencia.

Introducción

Una de las reformas más significativas en materia de justicia en los países andinos es el reconocimiento constitucional de la justicia indígena/campesina o jurisdicción especial. Ello es particularmente importante porque se trata del reconocimiento de una realidad social a la que la juridicidad oficial le había negado estatuto legal, dando lugar a la criminalización de las autoridades indígenas y campesinas que administraban justicia. Todas las constituciones republicanas de los países andinos consagraban el monopolio estatal de la violencia legítima al establecer la exclusividad del poder judicial en la administración de justicia. Con el reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario y la jurisdicción especial, los sistemas jurídicos y judiciales indígenas y campesinos adquieren estatuto legal, dejan de ser clandestinos y criminalizados. Ello tiene enormes consecuencias no sólo en el plano de la teoría jurídica y la práctica institucional, sino también y sobre todo en términos políticos. Los cam-

* Parte de las ideas que aquí se exponen fueron presentadas en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario organizado por la Comisión de Derecho Popular y Pluralismo Legal, y por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (Arica, 13-17 de marzo de 2000), y en la Conferencia Multi-ethnic, Pluri-cultural: evaluating the implications for State and Society, ILAS, Londres, abril, 2000.

** Abogada, candidata a doctora en la Universidad de Barcelona, Master en Sistema penal y problemas sociales (U. de Barcelona); especializada en Derecho consuetudinario indígena (UNAM y USAC), realizó un posgrado en Estudios antropológicos (PUC) y obtuvo un diploma del Programa Erasmus en "Criminal Justice System and Critical Criminology". Ha trabajado como especialista en temas de justicia, derechos humanos y pueblos indígenas en Perú y Guatemala, en Naciones Unidas y la Comisión Andina de Juristas, entre otras. Autora de numerosas publicaciones, ha sido profesora invitada y ponente en universidades de América Latina, América del Norte y Europa. Actualmente es consultora independiente y editora de la página web Alertanet en derecho y sociedad/Law & Society <http://geocities.com/alertanet/> Correo electrónico: raquelyf@hotmail.com

bios legales referidos, por primera vez en la vida republicana de los países andinos, permiten que las prácticas jurídicas y judiciales de una parte importante de su población sean reconocidas y dejen la clandestinidad. Ello abre paso a una relegitimación del Estado dentro de un modelo pluralista de convivencia democrática. Sin embargo, estos avances en la legislación no necesariamente han sido seguidos por las prácticas institucionales. El objeto de este trabajo es analizar la resistencia de la *cultura judicial monista* peruana, la cual ha impedido el reconocimiento efectivo de la multiculturalidad y de la jurisdicción especial o justicia campesina.

En el Perú, la Constitución de 1993 reconoció el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial (la justicia indígena o campesina), como lo han hecho las constituciones de otros países andinos: Colombia en 1991, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999¹. Igualmente, estos países han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual también reconoce el derecho consuetudinario. Sin embargo, la cultura judicial peruana aún no ha hecho suyos los planteamientos pluralistas de esta reforma legal y muchos jueces continúan criminalizando la diferencia cultural y el ejercicio de la justicia campesina. Esta resistencia de los jueces a admitir que ahora también los campesinos e indígenas tienen formalmente las funciones que ellos poseen es expresada desde las categorías del *monismo jurídico*² y se da en el marco de un contexto político autoritario. Esto marca una gran diferencia con el caso colombiano. A pesar de que la fórmula de reconocimiento del derecho consuetudinario y la jurisdicción especial de la Constitución colombiana es más limitada que la peruana, la judicatura, particularmente la Corte Constitucional, ha desarrollado una importante jurisprudencia interpretando la Constitución desde una perspectiva pluralista³.

Uno de los desafíos de la posreforma es la construcción de una cultura jurídica pluralista que permee el comportamiento judicial. Otro desafío es de carácter más global y está vinculado a la cultura política. El recono-

Sobre el contenido comparado de estas reformas, ver: "El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos", en W. Assies, G. Van der Haar y Hoekema (eds.), *Los retos de la diversidad, pueblos indígenas y reformas del Estado en Latinoamérica*, México, Colegio de Michoacán y Cedla, 2000. O su versión en inglés: "The constitutional recognition of indigenous Law in the Andean Countries", en W. Assies, G. Van der Haar y Hoekema (eds.), *The Challenge of Diversity, Indigenous Peoples and Reforms of the State in Latin America*, Amsterdam, Thela Thesis, 2000.

² El *monismo legal* supone la existencia de un solo sistema jurídico en un Estado. El *pluralismo legal* o jurídico significa la coexistencia de varios sistemas normativos dentro del espacio geopolítico de un Estado. Ver Boaventura de Sousa Santos, *Estado, derecho y luchas sociales*. Santafé de Bogotá; ILSA, 1991, p. 63.

³ Esther Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*. Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y Unijus.

cimiento de la potestad de los pueblos indígenas y grupos campesinos de tener su propio derecho y de dictar derecho (*iuris dictum*), sólo cabe en un modelo de sociedad pluralista donde tales pueblos y comunidades sean vistos como sujetos políticos y no como objetos de políticas. Estas tareas están en la agenda jurídico-política del país.

Reconocimiento constitucional de la diversidad cultural y del pluralismo legal

Antecedentes

Desde la configuración de los Estados latinoamericanos en el siglo XIX, se instalaron en la cultura jurídica la ideología del Estado-nación y el monismo legal, asociados a la teoría del monopolio estatal de la violencia legítima. El ideal de construir naciones culturalmente homogéneas, a fuerza de negar la realidad plural y las culturas indígenas, fue parte del proyecto político *asimilacionista* que los legisladores plasmaron en la institucionalidad jurídica republicana. "Nación" se identificaba con la idea de un solo pueblo con una sola cultura, religión, idioma e identidad, el cual debía estar regido por una sola ley y sistema de justicia. Se eliminó el sistema colonial de regímenes jurídicos diferenciados para dar paso a una ciudadanía de individuos, formalmente libres e iguales ante la ley. Los derechos colectivos a la tierra, así como la cultura, los idiomas, los conocimientos, los sistemas de creencias, las normas, los valores y el derecho indígena fueron desconocidos por la legalidad oficial, mientras que se reforzaba la expoliación de tierras comunales, la explotación económica, la marginación política y la discriminación de facto de los indígenas.

Durante el siglo XX se introdujeron cambios al modelo descrito a partir de la Constitución de 1920 que reconoció a "las comunidades indígenas" como sujeto colectivo y, a mediados del siglo, con el surgimiento del indigenismo integracionista y la reforma agraria de 1969 (dada en el marco de un conjunto de reformas). En el contexto de las reformas de fines de los sesenta y principios de los setenta, se reconoció la existencia de la diversidad cultural indígena y se consagró el respeto de algunos derechos colectivos específicos, como los idiomas aborígenes, el derecho a tierras y recursos naturales, y parcialmente la justicia nativa (para casos menores). El objetivo de las reformas era terminar con el modo oligárquico de producción económica y de reproducción social, e integrar a los indígenas a la sociedad nacional y al Estado. A pesar de estas reformas, y tal vez porque su preocupación central era el desarrollo y la integración, no se cambió la matriz del modelo de Estado-nación ni del monismo legal. Es recién en la última década del siglo que se cambia dicha matriz con el reconocimiento constitucional del carácter pluricultural la nación, y el pluralismo legal.

Reconocimiento constitucional de la pluralidad cultural

En la Constitución de 1993 se supera la idea decimonónica del Estado-nación, en el sentido de que el Estado representa oficialmente la hegemonía cultural de un solo grupo étnico y una identidad cultural. En el Art. 2,19 se asume la configuración pluricultural de la nación, –abandonando la definición monocultural–, y se establece una nueva relación entre Estado y nación. Se supera el modelo político integracionista que seguía valorando la cultura hegemónica como superior, avanzada, civilizada y que, si bien respetaba algunos aspectos de las otras culturas, esencialmente mantenía un modelo paternalista. En este sentido, en la Constitución de 1979 se decía: “El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. *Propicia la superación cultural* de sus integrantes” (Art. 161 *in fine*), mientras que en la Constitución de 1993 se establece que “El Estado *respeta la identidad cultural* de las Comunidades Campesinas y Nativas” (Art. 89)⁴.

Como parte de este nuevo modelo pluralista, se instituye el derecho individual a la identidad diferenciada, y el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir respeto y protección del Estado. Textualmente, el Art. 2,19 de la Constitución dice: “Toda persona tiene derecho: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”. En el marco del reconocimiento de la pluralidad cultural, el Estado garantiza derechos específicos a las comunidades indígenas/campesinas y respeta su identidad cultural. También reconoce el pluralismo lingüístico y el pluralismo legal.

Reconocimiento constitucional de la pluralidad legal

La idea del monismo legal va aparejada con la teoría del monopolio estatal de la violencia legítima y el modelo de división de poderes. Estas ideas, importadas en el siglo XIX, fueron consagradas en las Cartas constitucionales latinoamericanas, las cuales establecen desde entonces que sólo los poderes del Estado producen derecho y ejercen coacción: el legislativo (o el ejecutivo por delegación) se instituye como la única instancia legitimada para producir normas generales vinculantes para todos los ciudadanos, el poder judicial para administrar justicia, y el ejecutivo para organizar el orden. En consecuencia, los ciudadanos sólo pueden producir normas vinculantes entre ellos dentro del marco permitido por la ley. Y las costumbres sólo son admisibles a falta de ley y nunca en contra de ella.

⁴ A pesar de que la Constitución de 1993 supera la Constitución de 1979 en relación con los conceptos del pluralismo, en otros temas constituye un retroceso por la introducción de políticas neoliberales. En este sentido, restringe el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales que consagraban las constituciones anteriores. Aparte, reduce el ámbito en el que los idiomas aborígenes son oficiales a las zonas en las que se hablan.

Las costumbres *contra legem*, incluso, pueden constituir delito. Desde este marco, el Estado no sólo no reconoció sino que criminalizó la existencia de sistemas normativos “paralelos” y el ejercicio de funciones de justicia que le disputaban dicho monopolio. La ley peruana sólo ha permitido una fisura parcial a este principio al reconocer competencias de justicia a las comunidades nativas, pero para casos de menor cuantía en lo civil y de menor gravedad en lo penal⁵.

El monismo legal –a pesar de su falta de correspondencia con la realidad– ha sido una de las ideologías y posturas políticas más defendidas por la cultura jurídica. Su cuestionamiento, proveniente desde las concepciones del pluralismo legal y la teoría de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, se ha intensificado en la última década. En el marco de procesos de reforma de la justicia, el Perú, como otros países latinoamericanos, ha reconocido legalmente diferentes mecanismos de solución alternativa a los conflictos, abandonando la idea del Estado como único árbitro del conflicto social. Sin embargo, estos mecanismos sólo están facultados para intervenir respecto de determinadas materias, cuantía, gravedad de hechos y ámbitos del derecho⁶.

La Constitución de 1993 quiebra el modelo de monismo legal al reconocer el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial, consecuentemente con el reconocimiento de la pluralidad cultural de la nación, y sienta las bases de una institucionalidad pluricultural. La fórmula nacional está inspirada en la Constitución colombiana de 1991. El texto del Art. 149 es como sigue:

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

El contenido de este artículo es bastante amplio y se complementa con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ratificado en 1993), que también reconoce el derecho consuetudinario. La Constitución reconoce a las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas⁷ el ejercicio

⁵ Ley de Comunidades Nativas, D. Ley 20653 de 1974, reemplazado por el D. Ley 22175 de 1978. En la Constitución de 1979 se ignoró esta regulación y se consagró la unidad y exclusividad del poder judicial en la administración de justicia.

⁶ Ver Ley de Conciliación extrajudicial 26872 (13.11.97) y su Reglamento Decreto Supremo 001-98 JUS (14.01.98). Una compilación de normas que introducen mecanismos alternativos de resolución de conflictos se encuentra en: Iván Ormachea, *Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial*, Lima: Ed. Cuzco e Iprecon, 1998.

⁷ Hay una discusión sobre el sujeto titular del reconocimiento del Art. 149. La redacción

de funciones jurisdiccionales aplicando su propio derecho consuetudinario y a través de sus propias autoridades. Es decir, hay un reconocimiento de: a) la potestad normativa o reguladora de las comunidades (campesinas, nativas y rondas), b) su potestad jurisdiccional o de resolución de conflictos, y c) su propia institucionalidad o sistema de autoridades. A partir de esto, no sólo el ejecutivo está facultado para dar normas sino que se reconoce la potestad especial de las comunidades para autorregularse; no sólo el poder judicial puede administrar justicia, sino que se reconocen funciones jurisdiccionales a la jurisdicción especial o justicia comunal y, además el ejecutivo no es el único con potestad para controlar el orden y aplicar la ley, pues pueden hacerlo también las autoridades comunales y ronderas como parte de su derecho consuetudinario.

El derecho consuetudinario es el sistema de normas, valores, principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que permiten a los pueblos y comunidades regular su vida social, resolver conflictos y organizar el orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de sus usuarios y percibidas como propias. También incluye las reglas para crear o cambiar reglas. Es decir, el reconocimiento del derecho consuetudinario no consiste en el reconocimiento de un corpus de reglas estático, sino de la potestad de los sujetos titulares de crear y darse sus normas así mismos.

La “jurisdicción especial” constituye una suerte de fuero para las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas por el que sus autoridades pueden ejercer funciones jurisdiccionales. Dichas funciones son las potestades que tiene el órgano o poder jurisdiccional: conocer, juzgar, resolver conflictos, definir derechos y obligaciones concretas, ordenar restricciones de derechos ya sea como penas o medidas, ordenar la prestación de servicios a la comunidad, la reparación de daños y perjuicios, la disposición de bienes. Esta jurisdicción no está obligada a seguir la legislación ordinaria sino que se rige por el derecho consuetudinario, pero sin violar los derechos fundamentales de las personas⁸.

es confusa al decir “con el apoyo de las rondas campesinas”. Algunos interpretan que sólo tendrían legitimidad para ejercer funciones jurisdiccionales las rondas que lo hacen como órganos de apoyo de las comunidades campesinas y nativas, pero no las que no pertenecen a comunidades, que son la mayoría. La otra interpretación señala que la mención a las rondas, que tienen además una ley propia de reconocimiento, se refiere a la institución de las rondas en general, y no a una ronda en concreto que pertenezca a una comunidad. Dado que las comunidades pueden actuar a través de sus órganos, no tendría sentido que la Constitución hiciese un reconocimiento especial de un órgano específico de las comunidades.

⁸ En general se puede entender que los derechos fundamentales de la persona son los derechos humanos. Para el establecimiento de cuándo se produce la violación de tales derechos los hechos deben interpretarse ubicados en su contexto sociocultural. Los hechos y el derecho son objeto de interpretación, y la interpretación es un acto culturalmente

En cuanto a la competencia material, la Constitución no pone límite alguno a las materias y la cuantía o gravedad de los hechos que pueda conocer la jurisdicción especial. Tampoco lo pone el Convenio 169 de la OIT, por lo cual la jurisdicción especial está legitimada para conocer todo tipo de casos y de toda cuantía o gravedad. En cuanto a la competencia territorial, la jurisdicción especial tiene plena competencia dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas, y rondas campesinas. Sobre la competencia personal, la Constitución no hace mención alguna ni establece que sólo se refiera a campesinos y nativos, sólo menciona el criterio territorial. Por lo tanto, incluso cabe interpretar que la jurisdicción especial podría conocer casos ocurridos dentro de su ámbito territorial que involucrasen no-indígenas, no-comuneros o no-ronderos. Con ello se evitaría que no-indígenas realicen hechos dañinos en las comunidades y luego aleguen la aplicación de la justicia estatal en vez de la indígena, a sabiendas de que la justicia estatal tiene escasa presencia territorial y podría ser manipulada a su favor más fácilmente que la justicia comunitaria. En cualquier caso, tanto los miembros de dichas comunidades, como los no-miembros, tienen el derecho de que se respeten sus derechos humanos.

La descriminalización de la diferencia cultural

La Constitución de 1993 legaliza u oficializa los sistemas jurídicos indígenas o campesinos y, en consecuencia, estos no deben ser reprimidos. Al amparo del Código Penal (CP) de 1991 tampoco debe perseguirse penalmente a quienes realicen hechos punibles (hechos tipificados como delitos en el CP) cuando tal conducta se debe al seguimiento de pautas culturales. El CP busca tener en cuenta la diversidad cultural del país, como dice su exposición de motivos, superando la visión etnocéntrica del CP de 1924 que trataba a los indígenas como inimputables. El Art. 15 del CP de 1991 dice:

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

En la interpretación de este artículo hay una gran discusión teórica sobre cómo definir esta figura dentro de la teoría del error⁹. El su-

condicionado. La Constitución garantiza el respeto de la diversidad cultural, por lo cual los hechos y el derecho, incluso en derechos humanos, no deberían ser interpretados desde un único prisma cultural, sino que deberían ser materia de un diálogo e interpretación intercultural. El Convenio 169 señala que se deben establecer procedimientos para resolver la supuesta incompatibilidad entre derechos humanos y derecho consuetudinario (Art. 8.2). Dichos procedimientos deberían garantizar una interpretación intercultural de los hechos y el derecho.

⁹ Se discute si se trata de una forma de error de prohibición (ubicando este error en el

puesto del artículo es que hay diversidad de culturas y costumbres¹⁰ y que cada una puede ver un mismo hecho de diferente manera, algunas lo consideran delito y otras no. Por lo tanto, el CP busca eximir de pena a quien en seguimiento de una pauta cultural o costumbre propia no ha podido comprender (entender, asimilar, asumir) una norma prohibitiva del Código. O, aún pudiendo comprender, no puede determinar su actuación según la pauta del Código porque tiene otra norma o pauta cultural que le hace obrar en sentido diverso. Esto incluye varias situaciones: que la persona, por su condicionamiento cultural, desconozca las normas prohibitivas o no considere como delito el hecho que realiza (por ejemplo las uniones conyugales tempranas o la compraventa particular de hoja de coca para asuntos sociales y ceremoniales) o, que si bien considera que su hecho está prohibido o es delito (por ejemplo matar), piense que está justificado de alguna manera. Por ejemplo, considera (sabe y comprende) que matar es un hecho prohibido en general, pero que matar un “brujo” –que en su cosmovisión hace daño y mata a personas–, sí está justificado.

El CP establece una gradación en la pena: exige de pena a quien “no puede” comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, y aplica una pena de forma atenuada cuando el sujeto “puede” en alguna medida comprender el carácter delictuoso del acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión¹¹.

nivel de la culpabilidad, dentro de la teoría finalista), o de error de tipo (ubicando el error en el nivel del injusto, dentro de la teoría de los elementos negativos del tipo). Ver Raquel Yrigoyen, “Control penal y diversidad étnico-cultural”, en Laura Zúñiga, et al. (eds.): *Conflicto social y sistema penal*, Salamanca, Universidad de Salamanca y Colex, 1996. También se ha argumentado que al hacer una interpretación sistemática con el Art. 20, inc. 1, la formulación de este artículo es semejante a la de la inimputabilidad, pues esta también se refiere a la incapacidad para comprender el carácter delictuoso de los actos o determinarse por esa comprensión, sólo que no por razones culturales sino psicológicas. Ver José Hurtado Pozo, “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, en Derecho Nº 49, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 1995. Ver también el análisis de Luis Francia, “Pluralidad cultural y derecho penal”, en Derecho Nº 47, Lima, PUCP, 1993.

¹⁰ “Cultura y costumbres” incluyen las normas, los valores, los conocimientos, la cosmovisión, las creencias y los patrones de relación entre los seres humanos, los seres humanos y la naturaleza, y los seres humanos y una idea de divinidad o trascendencia.

¹¹ Esta gradación es sumamente cuestionable pues al sancionarse a quien “pudo” comprender la prohibición o pudo de alguna manera determinar su conducta por dicha comprensión, se está sancionando la desidia del sujeto por no informarse o comprender la norma cuando “pudo hacerlo” o, se está sancionando su resistencia en adecuar su conducta a una pauta cultural diferente a la suya sólo por ser hegemónica. En el fondo, entonces, se trata de una forma de castigo a quien no se integra a la cultura hegemónica. Ello contradice el Art. 2,19 de la Constitución de 1993 que sanciona el respeto y la protección de la diversidad cultural y el derecho a la propia identidad cultural.

Tratamiento judicial de la diversidad cultural

A pesar de que el CP de 1991 tiene casi una década, no hay muchas decisiones judiciales que lo hayan invocado para descriminalizar la diferencia cultural. Entre las pocas que son conocidas se encuentran las reseñadas en el Anexo 1¹². Las concepciones antropológicas que tienen los jueces de los indígenas son bastante tradicionales no obstante utilizar nuevas normas y alguna terminología sobre la diversidad cultural.

Categorías de descalificación cultural

La primera sentencia (caso 1, anexo 1) muestra una subvaloración de la diferencia cultural, al llamar “medicina folklórica” al conocimiento y prácticas no occidentales sobre el manejo de la salud. Este término es parte de una concepción que descalifica todo saber y prácticas no occidentales como inferiores: en la cultura occidental hay religión, en las otras brujería; en una medicina, en las otras “medicina folklórica”; en una derecho, en las otras costumbres, y así. Los jueces carecen de categorías para hablar de la diversidad cultural sin usar conceptos peyorativos.

Indígena: “incivilizado”

La segunda sentencia (caso 2, anexo 1) hace referencia a “pueblos ya civilizados” en oposición a los pueblos indígenas, presuponiendo que estos serían pueblos “todavía” no civilizados o incivilizados. Esta concepción se enmarca en un esquema evolutivo. Los indígenas representarían culturas atrasadas, incivilizadas e inferiores. El caso de referencia es sobre un nativo acusado de raptó e intento de violación de una menor de ocho años. La sentencia establece que el nativo cometió el delito sin ningún eximente de responsabilidad pues no encuentra una justificación en su cultura para tales hechos. Sin embargo, cuando gradúa la pena, utiliza el Art. 15 *in fine* del CP, que sólo se debe aplicar a casos de error de comprensión culturalmente condicionado. La sentencia dice que “estando a sus condiciones personales y cultura”, cabe atenuar de pena. Al no mencionarse ninguna pericia antropológica, no hay base empírica que sustente que los hechos sexuales del nativo procesado representen a la pauta cultural de su comunidad o grupo étnico. Entonces, tal idea sólo responde a los preconceptos de los jueces, a una imagen de la cultura nativa en la cual hay un gran relajamiento en la moral sexual, lo cual concuerda con la visión de que las culturas indígenas son incivilizadas o salvajes en el sentido de que carecen de formas de autocontrol. Teniendo en cuenta los hechos, no cabría la atenuación de pena por el Art. 15 *in fine*, pues los mismos no

¹² Las decisiones judiciales que se presentan en el Anexo 1 fueron facilitadas por Luis Francia, miembro del equipo de redacción del segundo tomo de decisiones judiciales a publicarse por la Academia de la Magistratura.

reflejan el seguimiento de una pauta cultural. Sólo cabría una consideración general de las condiciones del sujeto por el Art. 45 y, en todo caso, la consideración de una pena alternativa en aplicación del Convenio 169 de la OIT. A la visión del indígena como inferior, le sigue una actitud compasiva de los jueces que se traduce en la atenuación de la pena, siguiendo una conducta tradicional en esta materia¹³. Esto crea un conflicto, pues muchos abogados defensores prefieren reforzar la idea del indígena como inferior, primitivo, incivilizado, si gracias a ello van a lograr una rebaja de la condena.

Los casos límite del “error de comprensión”

La tercera y cuarta sentencias (casos 3 y 4, anexo 1), se refieren a casos de muerte de “brujos”. Según las pericias antropológicas que citan las sentencias, el haber dado muerte al brujo parece estar justificado dentro de la cultura de los nativos procesados. No se trata de que la cultura nativa o tales personas no valoren la vida, sino de que en el caso concreto, los procesados creían firmemente que tales brujos eran causantes de muertes y constituían una amenaza permanente contra la vida. Las sentencias señalan que “no hay culpa subjetiva”, pues según la cosmovisión de los nativos, estos “no sienten remordimiento” sino que creen que han hecho un bien a la comunidad. Ahí se encontraría un supuesto de exención de pena por error de comprensión culturalmente condicionado en aplicación del Art. 15 del CP. Sin embargo, los jueces optan sólo por la atenuación de la pena. Los jueces muestran incompreensión sobre las creencias y culturas, pues la sentencia señala que los procesados no “han probado” los daños del brujo. Parece que los jueces esperaban que los procesados probaran, en términos causales de la ciencia occidental, los efectos causados por la brujería, cuando justamente responden a otra lógica cultural. Lo importante en este caso no es que los encausados prueben que los brujos les hacían daño, sino que se pruebe que, dentro de su marco cultural, los procesados creían ser víctimas de daños y que se veían compelidos a la eliminación de los brujos como la única vía para proteger su vida o la de sus familiares. No comprender el carácter delictuoso de un acto no sólo se refiere al acto concreto (matar) sino a la existencia de causas de justificación. En estos casos, según la propia sentencia, por la cosmovisión de los nativos (su concepción cultural de la brujería y cómo opera), ellos creían que sus hechos (matar al brujo que hace daño y causa muertes) estaban justificados. Por lo tanto, estos casos corresponderían a los supuestos de exención de pena del Art. 15 del CP.

¹³ Ballón, al analizar decisiones judiciales respecto de nativos en aplicación del antiguo Código Penal de 1924, también encontraba como una práctica judicial bastante generalizada la atenuación de penas a quienes se consideraba “salvajes”. Francisco Ballón, *Etnia y represión penal*, Lima, CIPA, 1980.

Pervivencia del indigenismo integracionista

Las sentencias utilizan contradictoriamente los nuevos postulados constitucionales junto con concepciones tradicionales, que responden a políticas de tratamiento de los indígenas ya superadas. Por ejemplo, la tercera sentencia (caso 3, anexo 1) señala que “tales argumentos pueden atenuar la responsabilidad en el contexto de *nuestra sociedad multirracial y multicultural*, que nuestra Constitución Política del Estado reconoce propendiendo la *integración* de etnias y comunidades a nuestra nacionalidad, respetando su tradición, cultura y costumbres, legislando también el error de comprensión culturalmente condicionado”. El reconocimiento de la pluralidad cultural que hace la Constitución de 1993 está vinculada al derecho a la diferencia (Art. 2, 19), asumiendo igual dignidad de los diferentes. Sin embargo, cuando la sentencia utiliza el término “sociedad multirracial y multicultural” no lo vincula con el derecho a la diversidad, sino que plantea la “integración” de los “diferentes” a la sociedad nacional, concepto que corresponde a un modelo indigenista de integración ya superado.

En síntesis, la judicatura ha utilizado el Art. 15 del CP sobre el error de prohibición en un caso en el que ni siquiera había delito, pero la materia estaba vinculada con un tema cultural (medicina folklórica). En las otras tres sentencias los jueces optan por la figura de la atenuación. En un caso no correspondía aplicar el Art. 15 *in fine*, pero los jueces atenúan la pena desde una visión “compasiva” de los indígenas al considerarlos como incivilizados. Y en los otros dos casos, según los hechos actuados, hubiera correspondido la exención de la pena, pero los jueces optan por la atenuación, al no admitir que realmente existían condiciones culturales distintas. Hay temor a descriminalizar la diferencia cultural cuando esta se presenta.

Tratamiento judicial de la jurisdicción especial

A pesar del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial (justicia indígena y campesina), los jueces siguen procesando a autoridades campesinas, nativas y ronderas por administrar justicia según su propio sistema legal, bajo la figura de delitos contra la libertad individual, la administración de justicia, la usurpación de funciones, entre otros. Las autoridades de las rondas campesinas han sido las más perseguidas, probablemente porque sus funciones de justicia son particularmente visibles y se han enfrentado a redes de abigeos vinculadas a autoridades estatales, policías, jueces, fiscales. Pero además, porque en el contexto de la estrategia contrainsurgente, el gobierno buscó cooptar e instrumentalizar a las rondas campesinas, someténdolas a control militar. Curiosamente, las rondas que han sufrido persecución judicial son las que no se han sometido al control militar.

El caso de las rondas campesinas¹⁴

Las rondas campesinas (RC) constituyen una forma de organización en el campo relativamente nueva (desde fines de 1976). Las RC surgieron en departamentos de la sierra norte del país donde no había formalmente comunidades campesinas, por lo que ellas constituían “la” organización comunal. Gracias a su práctica de resolución de problemas vía asambleas y otros mecanismos consensuales, han recreado la “comunalidad”. Actualmente también se organizan RC dentro de comunidades campesinas formalmente establecidas, en las que constituyen el órgano de justicia y control de la seguridad. Las RC nacieron para el control de la seguridad frente al robo de ganado, pero rápidamente desarrollaron diversas funciones sociales vinculadas con la administración de justicia, el control del orden, la organización de la vida comunal, el control de maestros, la construcción de obras de desarrollo y la interlocución con el Estado. Las RC administran justicia dentro de su ámbito territorial y aplican una lógica restitutoria, con la que obligan a los abigeos a devolver lo robado, trabajar y rondar. También resuelven problemas de familia, tierras y conflictos diversos tratando de atender los intereses de las víctimas y de recuperar al infractor. En algunos casos también aplican castigos físicos, que los ronderos llaman “hacer física” y “castigo de masas”, pero rechazan expresamente la tortura, la desaparición y la pena de muerte, como consta en sus reglamentos. Cuando el grado de institucionalización de las RC es mayor, las mismas tienden más a imponer trabajo comunal y promover arreglos que a aplicar castigos físicos. Como las rondas se han enfrentado a bandás de abigeos muchas veces conectadas con el poder local e involucradas –por medio de la corrupción– con policías u otras autoridades estatales, las autoridades ronderas han sufrido denuncias por delito contra la libertad individual, secuestro, lesiones, delito contra la administración de justicia, entre otros (por detener a los abigeos y hacerles rondar y trabajar para la comunidad mientras devuelven lo robado).

En 1986 se expidió la Ley N° 24571 de reconocimiento de las rondas campesinas pacíficas, democráticas y autónomas. Y en 1993 la Constitución les reconoció funciones jurisdiccionales. A pesar de que la Ley 24571 reconoce autonomía organizativa a las RC, durante el gobierno de Fujimori

¹⁴ Sobre las rondas campesinas, ver Orin Starn, *Nighthatch. The Politics of Protest in the Andes*, Durham y London, Duke University Press, 1999; Oscar Espinoza, *Rondas campesinas y nativas en la amazonia peruana*, Lima, CAAAP, 1995; Raquel Yrigoyen, “Un caso de pluralidad jurídica en el Perú: Las rondas campesinas de Cajamarca”, en José Luis Domínguez, (ed.), *La joven sociología jurídica en España. Aportaciones para una consolidación*, Oñati, International Institute for the Sociology of Law, 1998; “Rural Rondas in Peru”, en Mark Findlay, y Ugljesa Zvekic (eds.), *Alternative Policing Styles*, Deventer y Boston, Unicri y Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993; “Las rondas campesinas de Cajamarca-Perú. Una aproximación desde la antropología jurídica”, tesis, Lima; PUCP, 1993.

se dictaron varios decretos sometiendo a las RC a control militar para participar en la estrategia contrainsurgente¹⁵. No obstante estos decretos iban contra la ley de RC y se dieron antes de la reforma constitucional de 1993, no fueron derogados ni la judicatura ordenó su inaplicabilidad. Por el contrario, dichos decretos fueron aplicados generando un alto grado de violencia institucional y el debilitamiento de la organización rondera autónoma. Muchos dirigentes de rondas que no se han sometido a dicho control han sido perseguidos penalmente, ya sea por presunto delito de colaboración terrorista, por usurpación de funciones u otros supuestos delitos vinculados con su práctica de la justicia rondera.

Decisiones judiciales sobre la jurisdicción especial de las rondas campesinas

En las decisiones judiciales reseñadas en el Anexo 2¹⁶ se ilustra la fuerte resistencia de la cultura judicial para aceptar el pluralismo legal reconocido en el Art. 149 de la Constitución. Los casos de ronderos perseguidos penalmente por “administrar justicia” son numerosos no obstante el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial. Las decisiones presentadas se refieren a rondas campesinas de comunidades campesinas¹⁷. En ningún caso reseñado las decisiones judiciales aceptan el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las rondas campesinas y tampoco aplican el Art. 15 del CP. Hay un solo caso de sentencia no condenatoria, pero se funda en la prescripción de los hechos, no en la aplicación del artículo constitucional.

¹⁵ El Decreto supremo N° 002-93-DE/CCFFAA (16.1.93) dispone que las rondas campesinas adecúen su organización y funciones a las de los comités de autodefensa. En el Decreto supremo N° 077/DE-92, Reglamento de Organización y funciones de los Comités de Autodefensa, se establece que los comités deben “apoyar a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en las tareas de pacificación...” (Art. 3), y deben ser reconocidos por los comandos militares de la zona (Art. 6). No obstante estos decretos, no todas las rondas campesinas se han militarizado, pero entre las que no lo han hecho están las rondas que han sufrido persecución penal.

¹⁶ Las decisiones judiciales reseñadas en el Anexo 2 fueron proporcionadas por la Comisión Diocesana de Pastoral Social de Huaraz y por la Comisión Episcopal de Acción Social de la Conferencia Episcopal Peruana, instituciones comprometidas con la defensa de campesinos ronderos desde hace muchos años. La autora de este texto también ha conocido personalmente el caso de las RC de la comunidad campesina de Chalhuyacu (caso 1, anexo 2).

¹⁷ Como se ha mencionado líneas arriba, dada la ambigua redacción del texto constitucional, no queda suficientemente claro si todas las RC están legitimadas para ejercer funciones jurisdiccionales. La interpretación más restrictiva sostiene que sólo lo están las RC que pertenecen a comunidades, mientras que la interpretación más amplia sostiene que todas las RC tienen estas facultades. Los casos que se discuten a continuación pertenecen a RC que pertenecen a comunidades, por lo que no se da siquiera este problema de interpretación.

Desconocimiento de la jurisdicción especial

En el caso de las rondas campesinas de la comunidad de Chalhuyacu (caso 1 del anexo 2) la sentencia no hace referencia a todos los hechos actuados durante el proceso, sino sólo a algunos. La selección de los mismos es interesante no tanto por lo que muestra cuanto por lo que oculta. De una revisión completa del proceso, se desprende de los hechos que las rondas administraron justicia según sus procedimientos, deteniendo a un presunto abigeo (febrero de 1992). A los cuatro días el fiscal, sin investigación de ningún tipo, ordenó una intervención policial –que la sentencia llama “enérgica” sin explicar en qué consistió–. Se trató de una operación policial armada dentro de la comunidad, en la madrugada, rompiendo la puerta del local comunal e indagando por los dirigentes ronderos para detenerlos por delito de secuestro. Al día siguiente, miembros de la CC de Chalhuyacu, junto con dos comunidades más, se dirigieron ante el puesto policial de Chavín (se calcula que podrían ser unas trescientas personas, incluyendo autoridades, mujeres, niños y ancianos), según declaran, “para dialogar”. La sentencia no menciona que la policía mató seis personas de las comunidades denunciadas e hirió a otras 30 (quienes fueron procesadas), cuando estas personas se acercaron al puesto policial. La policía, como estableció la investigación de la fiscal de derechos humanos, trató de encubrir el abuso de autoridad denunciando a las víctimas que estaban en el hospital así como a los miembros de las tres comunidades por “ataque terrorista”. La fiscal de DH estableció, al principio del proceso, que no hubo ningún ataque terrorista, que los campesinos no portaban armas de ningún tipo y que los heridos mostraban impactos de bala con entradas de “atrás hacia adelante”, esto es, cuando huían y no cuando “atacaban”, por lo que denunció a los policías por delito de abuso de autoridad. A raíz de ello se cambió el cargo de ataque terrorista por delito contra la tranquilidad pública. Esta parte del proceso pasó al fuero militar (a pesar de que el homicidio es delito común) y luego los policías se acogieron a la amnistía dada por el gobierno de Fujimori para policías y militares inculcados de cometer violaciones de derechos humanos en el marco de la lucha antiterrorista (no obstante se determinó que no hubo ataque ni actividad terrorista en este caso). Todos estos hechos, en los que los inculcados aparecen como víctimas, y que fueron establecidos al inicio del proceso, no fueron siquiera mencionados en la sentencia. En síntesis, la sentencia 1) encubre la violencia cometida por la policía contra los campesinos procesados y que a su vez era el mejor argumento de defensa de los mismos respecto del presunto delito de ataque y daños contra el puesto policial de Chavín; 2) con relación al cargo de secuestro (contra la libertad individual y lesiones simples), la sentencia no hace referencia alguna a que la detención del presunto abigeo por los ronderos era parte de su “derecho consuetudinario” lo cual estaba descriminalizado por el CP de 1991 (Art. 15) y luego legalizado por la Constitución de 1993 (Art. 149).

Dado que la sentencia final se emite siete años después de los hechos (1999), la mayor parte de cargos ya había prescrito (contra la libertad individual, lesiones simples y contra la tranquilidad, paz pública). En el caso del delito de daños, la sentencia falla por la absolución de los acusados por falta de pruebas. Sin embargo, los campesinos procesados de estas tres comunidades ya habían sufrido persecución penal *de facto* durante todos esos años. A pesar de que la defensa de los ronderos insiste en la aplicación del Art. 15 del CP y el Art. 149 de la Constitución, los magistrados no entran siquiera al análisis de los mismos.

El “vaciamiento” de la jurisdicción especial

En el caso de los ronderos de Huaraz (caso 2 del anexo 2), tanto en la excepción de naturaleza de la acción (2 A) como en la sentencia por delito contra la libertad individual (2 B), los jueces no ignoran el Art. 149 de la Constitución, pero el razonamiento judicial realizado supone un vaciamiento del concepto de jurisdicción especial al identificar el ejercicio de funciones jurisdiccionales con “violación de derechos humanos”. El caso se trata de campesinos ronderos que detuvieron a un presunto abigeo y, según admiten, “le hicieron trabajar tres días en cada base de las rondas campesinas, habiendo cumplido en parte todas éstas, realizándolo como sanción impuesta por dichas organizaciones” (caso 2 A). De estos hechos la judicatura desprende que se configura el delito contra la libertad individual. La defensa alega que tales hechos, realizados en 1996, no sólo no configuran delito sino que están amparados por el Art. 149 de la Constitución, que reconoce funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas. La Sentencia hace el razonamiento siguiente:

Si bien es cierto que el Art. 149 de la Constitución Política del Estado faculta a que las comunidades campesinas y nativas con apoyo de las rondas campesinas puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre y cuando no violen los derechos fundamentales de la persona, en el caso *sub judice*, precisamente se ha violado el derecho a la libertad, pues así se ha demostrado con las diversas pruebas actuadas...

Por lo que falla condenando a los acusados por delito contra la libertad individual. (Exp. 110-98, Sentencia de la Corte Superior de Ancash del 23.11.98).

La Constitución señala que el límite del ejercicio de funciones jurisdiccionales es la no violación de los derechos fundamentales de la persona. A diferencia de los textos constitucionales de Colombia, Bolivia y Ecuador, la Constitución no ha limitado la jurisdicción especial y el derecho indígena al respeto de toda la Constitución y las leyes, sino tan sólo a no violar derechos fundamentales. Este límite es común al de cualquier sistema jurídico que participa de la comunidad internacional. Las faculta-

des jurisdiccionales que tiene el poder judicial en el país, a modo de ejemplo, incluyen formas de restricción de la libertad individual, prisión y aplicación de penas alternativas a la prisión, como servicios para la comunidad. Estas restricciones, si se aplican siguiendo los procedimientos establecidos y por la autoridad competente, no constituyen violación de derechos humanos sino ejercicio de funciones jurisdiccionales. En consecuencia, no puede calificarse como violaciones de derechos humanos, *a priori*, a las restricciones de derechos que son parte de las funciones jurisdiccionales y que están permitidas a cualquier sistema jurídico nacional. La jurisdicción especial también tiene potestades para ejercer formas de restricción de derechos que están en su derecho consuetudinario, como juzgar, detener, establecer sanciones, devolución de bienes, trabajo o prestación de servicios comunitarios y otras restricciones que se impongan mediante las autoridades y los procedimientos legítimos de las comunidades y los pueblos indígenas.

En la sentencia no se analiza cuál es el contenido de las funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas sino que simplemente se indica que el hecho de que las rondas hayan mantenido privada de la libertad a una persona para que trabaje, constituye delito contra la libertad individual. La propia sentencia da todos los elementos para pensar que tales hechos se enmarcan en actos legítimos de las autoridades ronderas al indicar que el mencionado trabajo fue realizado como parte de “una sanción impuesta por dichas organizaciones”. Los hechos son admitidos por los procesados, quienes explican su conducta. No se trata de un acto arbitrario, abusivo o clandestino cometido por algunos ronderos, sino de una “sanción” decidida por la organización rondera dentro de su ámbito territorial. La obligación de trabajar en las bases ronderas, como se sabe, es una sanción que las rondas aplican usualmente y no constituye una pena proscrita por las normas internacionales de derechos humanos¹⁸. Es bastante evidente que, en este caso, cabía perfectamente la aplicación del Art. 149 de la Constitución, por lo cual los ronderos no debieron haber sido perseguidos penalmente.

¹⁸ Sí son discutibles otro tipo de penas, como las referidas a castigos físicos o cuando entran en controversia derechos individuales y colectivos. Estas situaciones merecen una reflexión y una consideración en cada caso. La Corte Constitucional de Colombia, en un caso de castigo físico, estableció la legitimidad de su aplicación por la jurisdicción especial teniendo en cuenta su significado, gravedad y el contexto de su aplicación. Atendiendo a la jurisprudencia internacional sobre la tortura, la Corte interpretó que pueden haber formas de castigo físico que no se consideren violación a la prohibición de tortura (Sentencia N° T-523/97). La Corte colombiana también ha establecido que, en caso de controversia entre algunos derechos individuales (como libertad religiosa) y el derecho colectivo a la integridad cultural, prevalece el derecho colectivo que permite la continuidad cultural de la comunidad. La Corte considera que no puede exigirse a la jurisdicción especial el respeto de todos los derechos humanos (en caso de conflicto), sino de un núcleo fundamental (derecho a la vida, prohibición de esclavitud y prohibición de tortura). Ver Sánchez Botero, *op. cit.*, págs. 321-330. En el caso de las rondas campesinas que se comenta, ni siquiera se dio una situación como la resuelta por la Corte Constitucional colombiana a favor de la jurisdicción especial.

La sentencia no cuestiona que los hechos se enmarquen en el derecho consuetudinario de las rondas campesinas por lo que, aún en el caso de que se hubiese interpretado (como se hizo) que los mismos no pudiesen ser legitimados por la Constitución (en el caso de infringirse normas de derechos humanos), igualmente no serían punibles en aplicación del Art. 15 del CP que exime de pena a quienes obran condicionados por su cultura o costumbres.

Conclusiones

Reflexión final. Muchos jueces perciben que el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a los campesinos, nativos y ronderos constituye un cuestionamiento de su actuación y una reducción de su poder, poder que tradicionalmente la ley sólo les concedía a ellos, y se resisten a admitir el cambio. Así, conjuran contra el pluralismo, la persistencia de la mentalidad monista, el racismo y el conservadurismo de la cultura jurídica tradicional. A ello se suma la incapacidad de la judicatura de constituir un contrapeso al ejecutivo. El gobierno buscaba controlar a las organizaciones campesinas dentro de su estrategia contrainsurgente y como parte de su modelo político autoritario. La judicatura, en ese contexto, por su falta de independencia y su alta precariedad institucional (está conformada en más de dos tercios por jueces provisionales), ha sido incapaz de jugar un papel de fortalecimiento de la independencia de las organizaciones campesinas e indígenas, a contracorriente de las políticas gubernamentales. Reestablecer la independencia judicial, reconstruir valores democráticos, y consolidar una cultura jurídica pluralista, son algunas de las tareas pendientes para el reconocimiento efectivo del pluralismo legal y la construcción de un Estado pluricultural.

ANEXO 1: DECISIONES JUDICIALES SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL (Art. 15 CP)

SENTENCIA	HECHOS / ACUSACIÓN	DECISIÓN JUDICIAL	COMENTARIO SOBRE ARGUMENTO
CASO 1 Exp. 98-93 Dist. Judicial de Lambayeque	<p>Hechos: Posesión de objetos que presumiblemente sirven para sesiones de curanderismo.</p> <p>Tipo: ejercicio ilegal de la medicina.</p> <p>Condición: al parecer libre 16.6.99 (sentencia revocada)</p>	<p>-La simple posesión de objetos no acredita la comisión del delito, "que nadie lo ha denunciado como agraviado y siendo el ejercicio de la medicina folklórica una práctica habitual en nuestras serranías y campiñas donde tiene mayor vigencia el error de comprensión culturalmente condicionado, ...le alcanza la exención de responsabilidad".</p> <p>-Revocan condena de un año por ejercicio ilegal de la medicina en agravio del Colegio Médico del Perú.</p> <p>-Absuelven.</p>	<p>-Ni siquiera había delito, no era necesario el uso de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado (Art.15).</p> <p>-Razonamiento utilizado para exculpar: positivo.</p> <p>-Visión antropológica reduccionista y etnocéntrica: "medicina folklórica".</p>
CASO 2 Exp. 98-0175-191601-SP Dist. Judicial de Loreto (10.8.99)	<p>- 22.12.98: Hechos</p> <p>-Delito de secuestro y violación de libertad sexual en agravio de menor de ocho años.</p> <p>-Reo: miembro de comunidad nativa "Secoyas" (en cárcel).</p> <p>-Víctima: niña de 8 años, no es miembro de comunidad nativa.</p> <p>-Reo había tenido relaciones con madre de agraviada (al parecer tenía retardo mental), luego se llevó menor de 8 años a quien intentó varias veces hacerle sufrir acto sexual. Anteriormente había hecho huir a otra menor.</p> <p>-Reo arguye que es costumbre en su comunidad convivir con niñas para luego convertirlas en su mujer.</p> <p>-Reo presentó a menor ante teniente gobernador como su hija, no como su futura mujer.</p>	<p>-Probado: no hubo consentimiento de padres; reo presentó a niña como su hija ante teniente gobernador, por lo que quería ocultar sus actos ilícitos.</p> <p>-Reo: culpable, sin causa de justificación ni eximentes de responsabilidad.</p> <p>-Para graduación de pena: "si bien el acusado es miembro de comunidad nativa, la agraviada no es integrante de dicha etnia ni menos sus señores padres por lo que no resulta justificada su conducta, desde que no puede imponer su cultura y costumbres en una comunidad ya civilizada como era San Antonio de Lanche, máxime si los padres no la entregaron voluntariamente en cuyo caso hubiéramos estado en un error de prohibición por comprensión que señala el Art. 15.. estando a sus condiciones personales y su cultura sólo cabe atenuación de pena (Art. 15 in fine)".</p> <p>-Pena: ocho años, reparación civil, y tratamiento terapéutico.</p>	<p>-No se menciona pericia antropológica para saber cuál es la costumbre de los Secoyas en la unión conyugal. (Al parecer algunos grupos raptan mujeres de otros grupos sólo en incursiones guerreras o, si se llevan una menor para después hacerla su mujer, es con consentimiento de padres y los actos sexuales ocurren cuando se considera a la mujer apta para ello, esto es, después de la menstruación, no antes.¹⁹)</p> <p>-La sentencia ve a los nativos como "incivilizados".</p> <p>-Uso de Art. 15 <i>in fine</i> para atenuar pena: no corresponde porque según los hechos la conducta descrita no es una pauta cultural.</p> <p>-Preconcepto: los nativos tienen conducta sexual relajada, es parte de su cultura, cabe usar el Art. 15 del CP.</p>

¹⁹ Información sobre otros grupos étnicos de la amazonia proporcionada por Patricia Urtega, abogada experta en la materia.

SENTENCIA	HECHOS / ACUSACIÓN	DECISIÓN JUDICIAL	COMENTARIO SOBRE ARGUMENTO
CASO 3 Exp. 98-173 Dist. Judicial Loreto (17.2.99)	-Homicidio de "brujo" (lo ahorca y arroja el cadáver al río). -Reo: nativo de comunidad nativa Quinchua. -Descargo de imputado: víctima era brujo y hacía daño a la comunidad. Había provocado la muerte de varios moradores, entre ellos sus padres y tíos. -Testigos: occiso no era querido en la comunidad por hacer daño a las personas. -Reo: se declara convicto y confeso. -Primera sentencia: condenado a seis años.	-"Si bien se ha planteado como defensa que ha realizado homicidio movido por sus costumbres y actos ancestrales, reivindicando la vida antes que la muerte, encarnado por el brujo, tales argumentos pueden atenuar la responsabilidad en el contexto de nuestra sociedad multirracial y multicultural , que nuestra Constitución Política del Estado reconoce propendiendo la integración de etnias y comunidades a nuestra nacionalidad, respetando su tradición, cultura y costumbres, legislando también el error de comprensión culturalmente condicionado,... empero tales elucubraciones resultan insuficientes para eximir de pena, ... "la vida es un bien jurídico protegido en primer orden no sólo en la sociedad occidental sino también en aquellos grupos y etnias que no han transitado por ella"... acusado "no sólo ha infringido norma de su entorno sino el que rige en nuestra sociedad formal" . No ha probado el daño causado por brujo. -Condenado por homicidio, atenuación de pena a cinco años.	-Conceptos contradictorios: sociedad multicultural, pero cierta subvaloración de pueblos no occidentales. -No es clara la cita que la sentencia hace de la pericia antropológica: " puede atenuarse la pena por ausencia de culpa subjetiva ". -Si hubiese falta de culpa tendría que eximirse, no atenuarse. -Si bien la vida es valorada en todas las sociedades, puede haber causas justificatorias y excusas . Según la pericia, la creencia en la brujería y la percepción de su peligrosidad podría justificar una reacción drástica para evitarla. -El acusado valora la vida pero en este caso –se desprendería de la pericia citada– justifica muerte de brujo por verlo como una amenaza contra la vida.

SENTENCIA	HECHOS / ACUSACIÓN	DECISIÓN JUDICIAL	COMENTARIO SOBRE ARGUMENTO
CASO 4 Exp. 98-302 Loreto	Muerte de "brujo" por nativo Quinchua	- son muy creyentes de la brujería , en donde determinadas personas causan daño físico y mental a las personas con su poder o utilizando brebajes u otros objetos, y con el fin de librarse de estas malas acciones cometen estos delitos sin mayor recordamiento, sólo con el propósito de servir a la comunidad , sin embargo nuestra norma sustantiva no hace distinción de raza, creencias... para aplicar una sanción, sin embargo puede atenuar sus responsabilidades por las condiciones de su cultura . -El imputado acepta cargos. - Al eliminar al brujo "sin que significara ello en su cosmovisión un acto de magnitud como para alentar un sentimiento de culpa" sin embargo no es suficiente para eximir de pena, la vida se valora en todas las sociedades, no se puede alentar la impunidad.	-Contradicciones: el que se valore la vida en toda sociedad no significa que no pueda haber causas justificantes o excusas para no seguir tal norma, como parece ser el caso, y por tanto cabría aplicar el Art. 15. -Cita de peritaje antropológico es confusa: "puede atenuarse la pena por falta de culpa subjetiva". - La falta de "culpa subjetiva" podría interpretarse como falta de comprensión del carácter delictuoso del acto, por considerarlo justificado. Ello daría lugar a exención de pena según Art. 15 del CP, no sólo a la atenuación.

ANEXO 2: DECISIONES JUDICIALES SOBRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL

SENTENCIA	HECHOS / CARGOS	DECISIÓN JUDICIAL	OBSERVACIÓN
CASO 1 CC. Chahuayacu Exp. 276-93 Corte Superior de Ancash (23.8.99)	-Hechos: febrero de 1992 -Delito contra la libertad individual y lesiones simples, en agravio de RGL (presunto abigeo según acusados); delito de daños y contra la tranquilidad pública en agravio del Estado y del local policial de Chavín (presunto ataque con piedras). -Acusados: AVM, dirigentes ronderos y más de 30 campesinos (mujeres y hombres). -Hechos: ronderos de comunidad campesina de Chahuayacu detuvieron a agraviado atribuyéndole comisión de delito de abigeato. A los cuatro días la policía de Chavín, por orden del fiscal, intervino "en forma enérgica" (liberó al presunto abigeo), lo que generó la reacción de los comuneros que coordinaron con otras dos comunidades y se dirigieron al puesto de Chavín, según los procesados sólo para dialogar, y se produjeron los hechos materia del proceso: presunto delito de daños contra el puesto policial (ruptura de ventanas).	-Los delitos contra la libertad individual y las lesiones ya prescribieron (sentencia se da siete años después de los hechos). -Delito de daños contra puesto policial de Chavín: inspección técnico policial se hizo por propia entidad agraviada y sin presencia del fiscal, además no se acreditó de ningún otro modo. -Delito contra la tranquilidad (paz pública): ya prescribió. Fallo: se declara extinguida la acción por prescripción en casos de delito contra la libertad individual, lesiones, paz pública. Se absuelve por delito de daños.	-La defensa alegó la aplicación del Art. 15 del CP y del Art. 149 de la Constitución, pero la sentencia no los menciona. -Sentencia es absolutoria pero campesinos ya habían sufrido persecución penal por siete años. -Sentencia no menciona que cuando se inicia el caso, la fiscal de derechos humanos estableció: a) que luego de que la policía liberó al presunto abigeo detenido por la comunidad, los campesinos de tres comunidades fueron ante el puesto policial sin llevar armas y que no eran terroristas, b) que la policía mató a seis personas e hirió a otras 30, c) que para encubrir tales hechos los campesinos fueron denunciados por terrorismo. La fiscal abrió denuncia por delito de abuso de autoridad contra los policías. Este extremo pasó al fuero militar y posteriormente los policías fueron amnistiados. El cargo de terrorismo se cambió por delito contra la tranquilidad (paz pública). -La sentencia no tuvo en cuenta que los acusados en realidad eran víctimas del abuso policial y que el cargo de delito contra la paz pública se dio para encubrir tal abuso (como estableció la fiscal).

SENTENCIA	HECHOS / CARGOS	DECISIÓN JUDICIAL	OBSERVACIÓN
CASO 2 A Exp. 504-96 Excepción de naturaleza de la acción (27.9.96) 1er. Tribunal Correccional de Huaraz	-Delito contra la libertad individual por haber hecho trabajar tres días en cada base al agraviado. -Acusado: campesino rondero de Huaraz. -Hechos: rondero admite que "al agraviado le hicieron trabajar tres días en cada base de las rondas campesinas, habiendo cumplido en parte todas estas, realizándolo como sanción impuesta por dichas organizaciones". -Defensa: los hechos no son justiciables porque las rondas campesinas actuaron al amparo del Art. 149 de la Constitución que las faculta a ejercer funciones jurisdiccionales.	-Los hechos contra la libertad individual están tipificados en Art. 151 del CP, además están probados y admitidos en declaración de encausado. -No cabe excepción de naturaleza de la acción. Se confirma auto de juez. -"Excepciones de naturaleza de la acción proceden cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente en el presente caso los actos perpetrados se encuentran tipificados en nuestro ordenamiento jurídico".	-En efecto, el delito contra la libertad individual se encuentra tipificado pero "no es justiciable" dado que no puede haber una norma constitucional que autoriza a las autoridades de comunidades campesinas, nativas y ronderas a ejercer funciones jurisdiccionales y otra norma que penalice dicho ejercicio. -No hay una reflexión sobre el significado de las "funciones jurisdiccionales". -La sentencia del Tribunal no aplica el Art. 149 de la Constitución y el Art. 15 del CP.
CASO 2 B Exp. 110-98 Sentencia Corte Superior de Ancash (23.11.98)	-Delito contra la libertad individual por haber hecho trabajar tres días en cada base rondera al agraviado. -Acusados: campesinos ronderos de la comunidad de Huaraz. -Hechos: rondero admite que "al agraviado le hicieron trabajar tres días en cada base de las rondas campesinas, habiendo cumplido en parte todas éstas, realizándolo como sanción impuesta por dichas organizaciones".	"Si bien es cierto que el Art. 149 de la Constitución Política del Estado faculta a que las comunidades campesinas y nativas con apoyo de las rondas campesinas puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre y cuando no violen los derechos fundamentales de la persona, en el caso <i>sub judice</i> , precisamente se ha violado el derecho a la libertad, pues así se ha demostrado con las diversas pruebas actuadas..." -Falla condenando a los acusados por delito contra la libertad individual.	-El tribunal reconoce que las rondas tienen funciones jurisdiccionales pero que no pueden aplicar como sanción que una persona trabaje tres días en cada base rondera porque "vulnera su libertad individual". -Tribunal deja sin contenido al concepto de "funciones jurisdiccionales", pues justamente tal reconocimiento constitucional significa que las autoridades campesinas pueden ejercer dicha funciones en el marco de su derecho consuetudinario: juzgar, aplicar sanciones, obligar a trabajar, prestar servicios comunitarios, etc. -Debe distinguirse cuándo hay una violación de derechos y cuándo se trata del mero ejercicio de la función jurisdiccional. -La sentencia deja sin efectos Art. 149 de la Constitución.

ANEXO 3

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
1. FUNDAMENTO: Estado reconoce pluriculturalidad de la nación o se define como tal.	- "Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".	Art. 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.	Art. 2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley son símbolos de la patria.
2. Texto de reconocimiento de a) la jurisdicción indígena y b) el derecho indígena o consuetudinario.	Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Art.9,1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	Art. 149: Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del poder judicial.	Art.171: Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración	Art. 191: El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la función judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
	a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.			y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.	que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.
3. Acción estatal promovida sobre la pluriculturalidad	1. Respeto del derecho de conservar sus costumbres e instituciones (Art. 8,2). 2. Respeto de los métodos propios de control penal de los PI (Art. 9,1). 3. Establecimiento de mecanismo para solucionar conflictos entre DC y DH.	Diversidad étnico-cultural de la Nación: 1. Reconocimiento. 2. Respeto por el Estado.	Pluralidad étnica y cultural de la nación: 1. Reconocimiento. 2. Protección por el Estado.	Pluriculturalidad: Autodefinición de la República de Bolivia.	Pluriculturalidad y Multietnicidad: autodefinición del Estado.
4. Derecho subjetivo	1. Derecho de <i>conservar</i> costumbres e instituciones propias. 2. Derecho al <i>respeto</i> de sus métodos de control penal propios. 3. Derecho a resolver por mecanismos establecidos conflictos entre DC y DH.	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales y de aplicar su propias normas y procedimientos.	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales y de aplicar su derecho consuetudinario.	- Potestad de ejercer función de administración y aplicación de normas propias, sus costumbres y procedimientos.	- Potestad de ejercer funciones de justicia, - aplicación de normas y procedimientos propios, - aplicación de costumbres o derecho consuetudinario.
5. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias. 2. Instituciones propias (Art. 8, inc. 2). 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas (Art. 9,1).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas. 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas propias, costumbres y procedimientos. 2. Autoridades <i>naturales</i> de las comunidades indígenas y campesinas. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos.	1. Derecho consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de justicia.
6. Titular del derecho (sujeto beneficiario del reconocimiento).	1. Pueblos indígenas en países independientes. 2. Pueblos tribales.	1. Pueblos indígenas.	1. Comunidades campesinas. 2. Comunidades nativas. 3. Rondas campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: pueblos indígenas.	1. Comunidades indígenas 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: pueblos indígenas.	Pueblos indígenas.
7. Competencia territorial	No se menciona expresamente.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas.	No se indica, pero se habla de <i>conflictos internos</i> (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
8. Competencia material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: represión de delitos cometidos por sus miembros.	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
9. Competencia personal	1. En general: no se hace mención (Art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (Art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para <i>todos</i> dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para <i>todos</i> dentro del ámbito territorial campesino o nativo (indígena).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para <i>todos</i> dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de <i>conflictos internos</i> (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).
10. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución. 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución. 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del derecho consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución. 2. Leyes.
11. Ley de coordinación o compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los <i>conflictos en la aplicación del principio</i> de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) el sistema jurídico nacional. Todavía no se da ley.	La ley establece las formas de coordinación: de la jurisdicción especial, con los juzgados de paz y con las demás instancias del poder judicial. Todavía no se da ley.	La ley compatibilizará: estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con las atribuciones de los <i>poderes del Estado</i> . Todavía no se da ley.	Ley compatibilizará: las funciones de justicia de los pueblos indígenas, con las del sistema judicial nacional. Todavía no se da ley.
12. Ubicación sistemática	Parte I: Política general. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Ubica sistemáticamente dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Capítulo referido al poder judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama jurisdicción especial. No es muy sistemático el tratamiento.	Capítulo referido a la función judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII de la función judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.

Una justicia de cara al ciudadano

LUIS PAULINO MORA MORA*
NANCY HERNÁNDEZ LÓPEZ**

Introducción

Está comprobado que la democracia es esencial para alcanzar un desarrollo social justo, equilibrado y sostenible. En América Latina, en las últimas décadas se han dado importantes pasos en el afianzamiento de la democracia, en medio de circunstancias difíciles, no superadas aún, que continúan amenazando su consolidación. Como bien lo señalara el doctor Enrique Iglesias¹ en una reciente visita a Costa Rica, la región registra niveles de violencia social hasta tres veces mayores que Estados Unidos y Europa, existe una gran brecha en la concentración de riqueza, y los niveles de crecimiento económico, pese a los esfuerzos que se han hecho, siguen siendo muy limitados.

Se deben enfrentar, además, las consecuencias de la globalización económica, que a pesar de las muchas oportunidades que presenta, también ofrece retos impostergables para la supervivencia de estas economías.

Asimismo, los sucesos de los últimos meses y semanas en Perú y Venezuela parecen arrojar una voz de alerta y preocupación sobre la transparencia y probidad de la técnica electoral, y reflejan la permeabilidad de algunos organismos electorales locales a los embates del juego político y sus intereses. Por fortuna, ese no es el caso de Centroamérica, Chile, Argentina y otros países vecinos como República Dominicana que han tenido avances notables, pero ciertamente el panorama político del área empieza a cambiar a pasos acelerados.

La población latinoamericana en general siente temor y no tiene claro cómo enfrentar las circunstancias cambiantes del presente. De ahí

* Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

** Profesora Universitaria, Letrada de la Sala Constitucional
Conferencia dictada el 19 de mayo en el Teatro Nacional, San José.

que se vivan momentos de gran efervescencia en torno a una serie de temas como el tamaño o la dimensión del Estado, el papel del mercado, la participación de la sociedad civil, la corrupción política y el desencanto frente a las instituciones democráticas. Al mismo tiempo, no se ha podido reducir la brecha entre las bondades que se esperan de un régimen democrático, y lo que sucede en la realidad.

En estas circunstancias, resulta crucial e impostergradable procurar el fortalecimiento del Estado de derecho y en él, de los poderes judiciales.

Sin embargo, la pérdida de confianza que reflejan las encuestas en los poderes judiciales (a niveles de 85% y hasta 90%² en algunos países) y las circunstancias mencionadas, están creando un peligroso vacío que procuran aprovechar los simpatizantes de los militares y los populistas.

A manera de ejemplo, sólo en los años 90 los presidentes Fujimori en Perú, Carlos Menem en Argentina, Abdala Bucaram en Ecuador y Jorge Serrano en Guatemala, en un momento u otro señalaron, con distintos grados, su derecho a gobernar por encima de la ley y de los partidos, a través de su apoyo popular, y no existe razón para pensar –en especial después de los recientes hechos de Paraguay, Perú y Venezuela–, que estos sean síntomas atípicos o pasajeros.

Al aumentar la brecha entre lo que se espera del régimen democrático y lo que en efecto provee, lamentablemente el panorama de América Latina se empieza a parecer mucho al de su pasado.

La región requiere cambios urgentes en la forma de hacer comercio y rescatar la credibilidad en las instituciones democráticas, sobre todo de aquellas dedicadas a hacer cumplir la ley, para consolidarse democráticamente y aprovechar las ventajas del nuevo orden económico mundial. Ambos temas (justicia y desarrollo económico) van de la mano, porque tanto el desarrollo democrático como las fuerzas del mercado requieren, para crecer y operar, un sistema de justicia moderno, confiable, eficiente y fuerte que no sólo garantice el acceso de los ciudadanos y su protección, sino que asegure un buen clima para la inversión y el desarrollo.

Está comprobado que un sistema legal débil reflejado en un alto grado de criminalidad, de burocracia y obstáculos para el acceso a la justicia, afecta la inversión y el desarrollo de los países. En efecto, cada vez se reconoce con más fuerza el impacto de factores “no económicos” en la inversión. A manera de ejemplo, en Colombia un incremento de diez en el número de homicidios por 100.000 habitantes, implica una reducción de 4% en la inversión. Si las cifras pasan de 20 a 80 homicidios por cada 100.000 habitantes, se registran cambios de hasta 2% anual en el producto interno bruto³.

² Venezuela por ejemplo. Ver *Judicial Reform and Democratic consolidation in América Latina*. Prillaman, William. University of Virginia, 1999.

³ M. Rubio, “Crimen y crecimiento en Colombia”, en *Coyuntura económica*, 1995, citado

También, la burocracia legal, dentro y fuera del sistema judicial, añade costos de transacción que afectan la competitividad nacional e internacional de los productos y obliga a los empresarios a gastar tiempo y dinero en estudiar cómo evadir las leyes, en vez de invertirlo en producir o estudiar cómo mejorar sus productos.

Si a esto se añade la dilatación de los procesos –a veces por años– en el sistema judicial, para los empresarios el costo de esperar un resultado para la protección de sus derechos comerciales o derivados es muy elevado.

Dado que el fortalecimiento del Estado de derecho en América Latina es absolutamente crucial, tanto para alcanzar la consolidación democrática como el crecimiento económico, es necesario formular algunas preguntas en relación con la acción futura de los líderes y del papel del poder judicial. Algunas de las interrogantes a considerar en ese sentido son: ¿hacia dónde se deben orientar las estrategias? ¿Por qué ha sido insuficiente el progreso de la reforma judicial? ¿Qué requiere el poder judicial para ser eficiente y confiable?

Durante los últimos 15 años se ha hablado sobre los requisitos indispensables para la existencia de poderes judiciales eficientes y confiables, entre estos están: independencia económica y funcional, accesibilidad, códigos procesales actualizados y menos burocráticos, carrera judicial, capacitación judicial, un régimen disciplinario eficiente, establecimiento de parámetros de rendimiento de los jueces, separación de funciones administrativas para que los jueces puedan dedicar la totalidad de su tiempo a la administración de justicia, qué debe hacerse para modificar la organización de los tribunales y lograr adecuarla a los requerimientos de la sociedad actual, entre otros. En ese camino, en la mayoría de los países de la región, ya se han tomado una serie de medidas en mayor o menor grado, con resultados positivos, pero incapaces de mejorar sustancialmente la credibilidad en la población o eliminar los niveles de retardo.

En los párrafos siguientes se tratará el proceso de reforma de América Latina, en particular la experiencia costarricense, para buscar explicación o respuesta a estas interrogantes, dado que son denominadores comunes los que han afectado la reforma judicial en general.

Factores que han afectado la reforma judicial

Una de las principales lecciones que deja la reforma judicial de los últimos tiempos, es que se ha subestimado su complejidad y posibilidad de evolución. Mientras se seguían las medidas propuestas por organismos y asesores internos y externos, como recetas al pie de la letra (independencia, acceso, etc.), se dejaron de lado los siguientes factores:

por N. Martínez, *Rule of Law and Economic Efficiency*, Inter American Development Bank, 1998.

1. Aumento del conflicto social

A medida que crece la población, la brecha entre ricos y pobres aumenta, se intensifica el comercio, se educa a las personas sobre sus derechos, se abren nuevas jurisdicciones con enfoque social, y se produce una demanda muy fuerte sobre el sistema de justicia. Asimismo, el crimen ha aumentado por encima de todo pronóstico, al igual que los niveles de violencia social. En el caso costarricense, a esa realidad hay que sumarle una conducta extremadamente litigiosa del ciudadano, que por razones históricas tiende a resolver por medio de los tribunales de justicia cualquier diferencia, antes de intentar alguno de los métodos alternativos de resolución del conflicto o la justicia por mano propia. Sólo el año pasado, para una población aproximada de tres millones de habitantes, los tribunales del país recibieron 800.000 causas nuevas. Esta cifra refleja también la existencia de un ciudadano bien informado sobre sus derechos y un importante grado de accesibilidad que le permite ejercerlos, aun sin costo alguno, como sucede en el caso de la jurisdicción constitucional⁴. En consecuencia, mayores niveles de acceso y un ciudadano mejor informado sobre sus derechos, conllevan un aumento de los litigios, que, al lado del aumento en el conflicto social, recarga en forma importante los sistemas de justicia. Ese recargo es positivo, en la medida que representa un grado de confianza en el derecho como mecanismo pacífico de solución de conflictos, pero indudablemente tiene un impacto importante sobre el sistema de justicia, y si no se atiende oportunamente, puede afectarlo gravemente, creando desencanto en la población, que aunque tiene acceso, debe esperar mucho tiempo para obtener una reparación o respuesta.

2. Las reformas se han abordado desde un punto de vista eminentemente técnico, dejando de lado el aspecto político

En el caso costarricense, el poder judicial ha liderado casi todas las iniciativas legislativas producidas en materia de reforma judicial desde la segunda mitad del siglo XX. Este fenómeno tan particular, resulta muy positivo en el aspecto técnico-jurídico, sin embargo, la formación propia de los jueces y magistrados ha significado un ingenuo descuido de los aspectos políticos de la reforma judicial. Se piensa que la reforma es técnica, cuando en realidad es tan política como técnica. No en el sentido partidista, –por supuesto–, sino porque implica grandes transformaciones en las reglas de juego sociales, y a fin de cuentas determina quién obtiene qué,

⁴ Los recursos de hábeas corpus y amparo, que son para la defensa de los derechos fundamentales, son informales y pueden interponerse por cualquier medio, escrito (inclusive por fax o telegrama), o verbal; funciona las 24 horas del día para la recepción de denuncias, y puede ser accesible hasta por menores de edad, sin necesidad de patrocinio letrado. En los diez años que tiene de funcionamiento la jurisdicción constitucional ha recibido cerca de 65.000 casos.

cómo y cuándo. En cierta medida, América Latina no ha escapado a esa realidad, la región se ha quedado corta en la labor de convencimiento sobre la importancia de la reforma judicial para el desarrollo del país, dándole un tratamiento aislado de la realidad actual y del proceso de reforma del Estado. Ha olvidado que el fortalecimiento de la justicia es estratégico no sólo para asegurar la estabilidad democrática, sino para impulsar el desarrollo económico. Se ha limitado a hacer los proyectos y enviarlos al legislativo, sin hacer el *lobby* necesario para asegurar un tratamiento prioritario⁵. Cuando los proyectos finalmente se aprueban, han tardado tanto en la corriente legislativa, que las reformas vienen años después de ser requeridas y están por lo general desactualizadas.

3. No ha existido una planificación estratégica que permita una reforma judicial integral y continuada

La reforma judicial se ha caracterizado por ser de corto plazo y mecanicista, es decir, dirigida a resolver problemas específicos, sin un enfoque sistémico, sin planificación, y dedicada a resolver los problemas inmediatos (apagar incendios).

Un ejemplo claro de esto es nuevamente Costa Rica. No es sino hasta el pasado mes de abril que el poder judicial aprueba un plan estratégico con metas y objetivos claros a corto, mediano y largo plazo. En ese proceso participó personal subalterno de todas las áreas, jueces de todo el país y magistrados, para establecer la misión y visión del poder judicial, con objetivos estratégicos y metas claras. Hasta ahora, la cúpula del poder judicial se propone trabajar con un plan confeccionado de forma participativa consultado a un grupo representativo de funcionarios y jueces de todas las áreas, para establecer cuáles son las fortalezas y debilidades, y cuáles deben ser las metas a corto o mediano plazo.

Es decir, hasta hace poco los intentos de reforma se han venido dando a cuenta gotas, con una visión aislada que depende de iniciativas personales de los magistrados o de sus presidentes de turno. Si se trabaja en la reforma penal, muy probablemente no se habla de los problemas de la jurisdicción civil y viceversa. O bien, si se trabaja en el área de perfeccionamiento de los códigos procesales, no se tratan con la misma intensidad las reformas administrativas, ni la inversión tecnológica. En ese sentido, en materia de inversión el presupuesto no tiene mayor dirección, práctica-

⁵ En esto influye mucho un comportamiento conservador de la cúpula del poder judicial hacia sus responsabilidades políticas. Existe un temor a desenvolverse con diputados o políticos en un claro desconocimiento de las diferencias entre las funciones jurisdiccionales propias del cargo de magistrado, y las políticas que incluyen, además de lo señalado, las diplomáticas. Hay que recordar que en Costa Rica, la Constitución Política le otorga la responsabilidad de gobierno y administración del poder judicial a los magistrados, de tal forma que estos comparten funciones jurisdiccionales y políticas a la vez.

mente depende –hasta hace poco– de las preferencias subjetivas de los magistrados integrantes de la comisión de presupuesto. A manera de ejemplo, si son penalistas, muy probablemente su área se ve favorecida, es decir, la inversión depende prácticamente del entusiasmo, visión y preferencias particulares de cada integrante de la comisión. Como la Corte Plena tampoco tiene un plan de acción concreto, generalmente los proyectos de presupuesto se aprueban conforme los propone la Comisión de Presupuesto, cuyos integrantes varían cada año. Sin duda el predominio de una visión mecanicista, caracterizada por medidas particulares dirigidas a problemas específicos, empañó los logros que en materia de independencia, acceso a la justicia, protección de derechos fundamentales y otros, se han alcanzado.

Una planificación estratégica es entonces esencial para trabajar con un enfoque profesional –no improvisado– y abordar las prioridades en forma integral y planificada, para evitar el desvío de recursos a áreas de menor urgencia. No parece haber en América Latina algún país que haya trabajado con una planificación integral a largo plazo sus agendas de reforma judicial, de ahí que los problemas de Costa Rica pueden servir de espejo para ver las consecuencias de una política judicial no planificada o parcialmente planificada⁶.

4. Se ha imitado en exceso y se ha innovado poco

Tenemos la tendencia de imitar lo que vemos, sin detenernos a pensar. En la medida en que la reforma judicial se limitó durante mucho tiempo a resolver problemas específicos (visión mecanicista), generalmente limitados al cambio procesal y legislativo, en el país se hizo lo mismo, tal vez pensando que como era la moda en países desarrollados, automáticamente debía ser lo mejor para nuestra realidad.

En esa línea, hasta hace poco se tenía la idea de que bastaba con estudiar los avances procesales y de fondo de países más desarrollados e importarlos con algunas adaptaciones propias para mantener actualizada la justicia. En el caso costarricense, la Ley General de la Administración Pública, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y otros cuerpos legales, respondieron en parte a esta tradición. El mismo Código Procesal Penal, recién derogado, en el momento de su promulgación era idéntico al de Córdoba, Argentina –si acaso con dos o tres normas propias–. Por otra parte, los jueces y abogados se forman en buen número en el extranjero, principalmente en Europa, y sus experiencias se inclinan a reproducir esos enfoques en el propio sistema de justicia, sin siquiera cuestionar si es coherente con la idiosincrasia e historia particular del país.

⁶ En República Dominicana se intenta, llevar a cabo un proceso de planificación estratégica a corto plazo Ver T. Rivera-Cira, *El sector justicia y la reforma judicial en la República Dominicana*, 1^{ra} ed. marzo de 2000.

Al no existir la fórmula mágica de la reforma judicial, importar soluciones, en muchos casos, ha servido para reproducir problemas de país a país, y a estar ajenos a la cultura e historia de cada uno. También, ha hecho que haya un exceso de confianza sobre el camino a seguir y ha limitado la búsqueda de soluciones propias.

Lo anterior no quiere decir que compartir experiencias no sea necesario y positivo, pero cada país debe valorar sus circunstancias particulares antes de ensayar, sin adaptaciones, las soluciones de otros. Esto es particularmente válido cuando se trata de importar soluciones de países desarrollados a subdesarrollados, porque tanto el espectro cultural como nuestra realidad, son muy distintas.

También hay que tener claro que innovar significa arriesgar, lo cual roza de alguna manera con la actitud, conservadora por excelencia, de nuestros poderes judiciales. No obstante, como bien lo señala David Varela⁷, la reforma judicial es un proceso de prueba y error, donde cada país debe ensayar sus propias soluciones e ir rectificando sobre la marcha, lo cual implica que hay que tomar ciertos riesgos y por lo tanto aceptar que es posible equivocarse y que probablemente esto sucederá, no para fracasar, sino para aprender y mejorar en el camino.

5. Se ha perdido el norte sobre el verdadero fin de la justicia: la persona y la solución de su conflicto. Se crean jueces formalistas y autoritarios

Durante años, nuestra cultura jurídica, ha sido formalista, producto de la herencia napoleónica. Es esa la visión con la que aún se forman la mayoría de los jueces en las universidades, y el sistema en general ha estado diseñado para aplicar la ley en forma mecánica sin atención a la persona o conflicto social detrás del expediente. La forma adquirió más importancia que el fondo, quedando un sin fin de conflictos sin solución, al sucumbir en una carrera de obstáculos burocráticos sin sentido. Los Códigos procesales –generalmente importados–, contribuyeron en gran medida a alimentar esa rigurosa y excesiva formalidad.

El ciudadano, luego de acceder a la justicia, e invertir recursos y tiempo en el litigio, se encuentra con un juez frío, distante, desconectado de la realidad social, renuente al cambio, y sin ninguna conciencia sobre su verdadero papel en una sociedad democrática, un juez que prefiere trabajar sobre un expediente que enfrentarse al conflicto que lo origina y resolverlo.

La herencia napoleónica, vertical y autoritaria, legó un juez que se ve como “amo y señor” de su despacho, convencido de que el aislamiento y la falta de controles son consecuencias naturales de la independencia

⁷ David F. Varela, “El Banco Mundial y la Reforma Judicial en América Latina”, conferencia dictada en la Universidad Complutense de Madrid, octubre de 1999.

judicial. Esta visión resulta aún atractiva a muchos puesto que logran realizar su voluntad, a modo de soberanos indiscutidos no sólo de las causas que juzgan sino de la oficina que administran. Se impuso además la noción del juez que opera con expedientes judiciales y no con personas; se desestimuló la discrecionalidad del juez y se desaconsejó la «contaminación» que se producía al hablar con las personas y al tomar contacto con la realidad, en vez de limitarse a los hechos incluidos legalmente en el expediente. A esto contribuyó además en gran medida el predominio de un sistema escrito que obliga a las partes y a los jueces a expresarse a través de sus escritos. La ideología del sistema apoya esta conducta pues el juez no funciona –de conformidad con esa línea– como garante de los derechos ciudadanos en una democracia, sino de los fines del sistema. La idea del juez como aliado, intérprete y portavoz del ciudadano, se diluye.

6. No se invierten recursos suficientes

Uno de los factores que más ha afectado los resultados de la reforma judicial, es claramente, el tema de la inversión insuficiente de recursos.

No es sólo la falta de inversión planificada de los mismos, sino la falta de visión de la política nacional e internacional de valorar a tiempo la posición estratégica de la justicia como herramienta no sólo de estabilidad democrática, sino de desarrollo económico.

Al poder judicial se le veía hasta hace poco con la pasividad con la que este se veía a sí mismo, y se menospreciaron las consecuencias políticas, sociales y económicas que una actuación deslucida o mediocre puede tener para un país en desarrollo. En consecuencia, se trató durante años de darle un simple “mantenimiento”, con algunos esfuerzos mecanicistas y por lo tanto asilados para su renovación que resultaron, a la luz de lo expuesto, absolutamente insuficientes para la construcción de un poder judicial moderno, actualizado y confiable. Se apostó en exceso a la reforma económica, que obviamente no traía –ni puede traer– debajo del brazo las soluciones para una América Latina subdesarrollada y en constante eferescencia. De nuevo aparece la reforma del Estado como un prerrequisito para el desarrollo sostenible y la gobernabilidad, y no es sino hasta ahora que se empieza a reconocer la posición estratégica de los poderes judiciales en ese proceso.

7. No se ha delimitado con claridad el papel de la justicia

Este tema es muy característico de América Latina, en donde el poder judicial ha sido, por naturaleza, acaparador de prácticamente toda situación que genere conflicto, pese a que la intervención del juez debe reservarse únicamente para la protección de aquellos bienes jurídicos de importancia para la convivencia pacífica. Así pues, sin demérito del princi-

pio de acceso a la justicia, hay una serie de temas que pueden dejarse en manos de compañías aseguradoras, entidades de cobro, arbitraje y a la misma administración pública. A manera de ejemplo, en Costa Rica, los asuntos de tránsito, que en otros países se resuelven, en principio, por las compañías de seguros, representan casi un 50% del ingreso total de casos a los tribunales de instancia. Un 80% de ese ingreso lo representan, a su vez, los partes (multas) sin oposición, tarea que por ser no litigiosa puede ser resuelta por la administración pública a través de su oficina de seguridad vial o cualquier otra instancia administrativa⁸.

Indudablemente, la tendencia judicializadora representa un altísimo costo que desvía fondos de las tareas prioritarias y, a la vez, ocasiona una carga laboral que afecta el buen servicio y la imagen frente al usuario.

Aparte de lo anterior, por razones aún no determinadas con claridad, la población tiende a responsabilizar al sistema judicial (policía, cárceles y jueces) por el creciente aumento en la criminalidad y violencia social, confundiendo su papel con el de otros agentes del sistema de justicia encargados de la seguridad ciudadana.

8. No se ha respondido a tiempo a los nuevos requerimientos sociales

La falta de planificación integral ya mencionada, no ha permitido prever las nuevas tendencias de conflicto social, y las respuestas de adaptación frente a este han sido insuficientes o tardías.

Tal es el caso de los temas ambientales, constitucionales⁹, los delitos económicos y la creciente violencia intrafamiliar. Muchos de estos temas tomaron por sorpresa los aparatos judiciales, con personal no capacitado, un diseño procesal inadecuado y una ingenuidad de parte de los jueces quienes los trataron de manera rutinaria, siendo su naturaleza esencialmente diferente y sus consecuencias, en algunos casos, socialmente devastadoras.

La falta de previsión y la poca flexibilidad o adaptación de las estructuras judiciales le han quitado legitimidad a la justicia frente a las nuevas tendencias del conflicto social que se presentan en la sociedad. Casi siempre hemos estado desprevenidos frente a los nuevos conflictos, y las reacciones han sido lentas e insuficientes, lo que ha creado impunidad y mayor desilusión en la ciudadanía frente al sistema.

⁸ En días pasados, el poder judicial ha propuesto al Congreso una reforma en ese sentido.

⁹ Hasta hace diez años ni siquiera podíamos imaginarnos que la demanda por la justicia constitucional llegaría a cifras tan abrumadoras como las representadas por un promedio de 12.000 casos al año.

9. Existe un rezago tecnológico y un uso inadecuado de la tecnología como herramienta de trabajo

La escasez de recursos económicos dedicados al sector justicia ha dificultado la inserción de tecnología actualizada para ser utilizada como un sistema integral en el mejoramiento de la gestión de los despachos.

No obstante el costo que representa tener una tecnología de avanzada, cuando la mayoría de los países del área ha tenido la suerte de poder costearla, le han dado un uso limitado, para tareas específicas o puntuales, como por ejemplo consulta de jurisprudencia y legislación, procesador de textos, giros de cheques, notificación por fax que, aunque han agilizado los procesos, no representan una herramienta significativa frente a los altos volúmenes de trabajo que caracterizan los despachos.

El papel de la informática en el quehacer judicial, como un sistema integral e integrado, no se ha dado aún. Como consecuencia continúa vigente, el expediente escrito y no el electrónico, lo que limita en forma importante las soluciones frente al congestionamiento de los despachos y el control estadístico. La existencia de sistemas integrados, con un expediente electrónico que permita la consulta vía internet, evita la afluencia de público a las oficinas y posibilita la fiscalización ciudadana de la acción del juez, lo que le da mayor transparencia al sistema. Permite a la vez el control estadístico moderno y mejora el rendimiento del despacho en general. Es decir, los sistemas de comunicación integrados no sólo aumentan el control, la fluidez y rapidez de las comunicaciones entre funcionarios, autoridades y despachos entre sí (tiempo de respuesta), dentro y fuera del país, sino que además reduce costos de personal, papelería y teléfono.

Lamentablemente, en esta materia la mayoría de los países de América Latina han estado siempre un paso atrás de los requerimientos tecnológicos sobre todo por razones de costo.

La estrategia costarricense: una justicia de cara al ciudadano

Luego de haber cumplido con todos los indicadores y requisitos que los expertos señalan como indispensables para tener un poder judicial eficiente, nos encontramos con la desagradable sorpresa de enfrentar la pérdida de confianza en la ciudadanía, y una mora judicial a niveles iguales o superiores a los que existían antes de los esfuerzos de reforma. Los aspectos antes mencionados, son algunas de las razones principales que afectaron el proceso. Ahora, los esfuerzos se han centrado básicamente en dos sentidos: a) continuar mejorando lo que ya existe en materia de independencia económica y funcional, carrera judicial, accesibilidad, capacitación judicial, régimen disciplinario, reforma procesal, inversión tecnología y demás áreas y, lo más importante, b) propiciar un cambio filosófico para

devolver a la justicia su verdadero sentido: el de un servicio público con la persona –no el juez– como eje central de su actuación.

En ambos casos se trata de partir de una gestión planificada y para eso se elaboró una planificación estratégica con amplia participación de todos los niveles (administrativo y judicial) que busca ser la guía de toda acción, decisión y recurso que se invierta en la institución. Pero sin duda, la concepción de la justicia como un servicio público de calidad, con la persona como eje central de actuación, implica un profundo cambio de rumbo, que deja de verla como un poder en sí mismo, para reenfocar su misión alrededor del ser humano. Así, para lograr una buena justicia, la independencia y todo otro esquema tradicional adquiere un carácter instrumental que implica ser eficiente, efectiva y transparente frente al ciudadano para que este recobre su confianza.

La primera consecuencia de este enfoque es la obligación de rendir cuentas y el rescate del verdadero sentido de la independencia. La segunda, es la incorporación abierta y transparente de la sociedad civil al quehacer judicial (que implica sin duda una alianza estratégica con la misma), y la tercera un cambio en la mentalidad y cultura organizacional para orientarla al servicio al cliente.

1. La obligación de rendir cuentas

En una democracia, el único poder soberano es el que le corresponde al pueblo: cualquier otro poder está sujeto a rendición de cuentas. Así, no existe ningún funcionario público ni poder que esté exento de control. Este privilegio no lo tiene nadie, ni siquiera el Parlamento, a fin de cuentas, el pueblo no sólo es el poder soberano, sino el que financia con el pago de sus impuestos nuestro trabajo, y merece una respuesta honesta sobre el destino de sus dineros.

Desde el punto de vista democrático pues, la independencia debe existir en función de, y como garantía para el pueblo, para que no exista duda de que la justicia ha sido recta y transparente.

Lamentablemente durante años se ha absolutizado el tema como meta prioritaria y casi única, y se ha convertido en un escudo para actuar a espaldas de la sociedad civil, para que no examine o pida cuentas del actuar. En algunos casos, el tema se ha convertido en la punta de lanza de una lucha gremial para garantizar que nadie se meta con nuestro trabajo, especialmente si se trata de establecer parámetros de rendimiento o controles disciplinarios adecuados.

En un contexto democrático, la conceptualización de la justicia como un servicio público de calidad no permite tapujos, de ahí que el tema de la independencia debe siempre ser visto en forma instrumental y no como un fin en sí mismo, es decir, en función de alcanzar una buena justicia para los ciudadanos.

Desde este punto de vista, la independencia no es ni debe ser el tema principal de la agenda de reforma judicial y es necesario aprender a trascender hacia otros temas igualmente prioritarios que preocupan a los ciudadanos. Existen estudios calificados que demuestran que lo que más preocupa a los ciudadanos no es el tema de la independencia. El grado de accesibilidad que tenga la población al sistema de justicia, la eficiencia y rapidez en la resolución de los procesos, el costo y la calidad profesional de los jueces, preceden al tema de independencia en el orden de prioridades de la población¹⁰. *Para el pueblo, la independencia por sí sola no ofrece ninguna garantía para una justicia adecuada y satisfactoria para todos*. Incluso a muchos les preocupa no la falta de ella sino su exceso, como ya lo advirtió el escritor Francisco de Quevedo: "Lo demasiado siempre fue veneno", o como señala McKeachie (1996) "La independencia sin responsabilidad es una ilusión, sólo debe confiarse un poder independiente a quienes rinden cuentas de su ejercicio"¹¹.

Por otra parte, la rendición de cuentas conlleva una mayor transparencia a lo interno y externo del quehacer judicial. A manera de ejemplo, los controles estadísticos, los informes, los encuentros, las reuniones, el acceso a la prensa, impiden esconder los defectos, y obligan a mejorar la calidad del servicio en forma continua y de frente a la ciudadanía.

2. Una alianza estratégica con la sociedad civil

Ni el Estado ni el mercado han sido capaces de solucionar hasta la fecha, los grandes temas de la agenda social. La incorporación abierta y transparente de la sociedad civil a todos los niveles del gobierno (entendido en su sentido amplio), especialmente en el judicial, se hace indispensable, sobre todo porque, este se ha caracterizado por un autismo o encierro, por un actuar a espaldas de la comunidad, en parte por una peligrosa distorsión del concepto de independencia y, sin duda, por la negativa de tener al ser humano como eje central de actuación.

Escuchar a la gente, entender sus necesidades y preocupaciones, sus sugerencias, en fin, incorporarla como aliada en el proceso de reforma, es el camino correcto para rescatar la credibilidad del poder judicial, y para aclarar aquellas distorsiones que sobre su actuar se han arraigado en la población.

Para lograr este propósito se emprendió a ese efecto, una tarea riesgosa: abrirse en forma transparente a la comunidad, a los medios de comunicación y también hacia lo interno. Al interior se inició un diálogo

¹⁰ Según una encuesta elaborada por los encargados del programa de Estado de la Nación, lo que más interesa al ciudadano es la igualdad en el acceso, y una mayor agilidad y eficacia.

¹¹ J. Tohária, "La independencia judicial y la buen justicia", en revista *Justicia y sociedad* Nº 3, 1999.

participativo en todos los niveles, administrativo y judicial, para escuchar el pensamiento del funcionario sobre cuáles son los problemas y cuáles deben ser los objetivos estratégicos para alcanzar las soluciones. El resultado de ese esfuerzo culminó en el primer documento de planificación estratégica hacia una gestión planificada en el poder judicial.

Pero la verdadera aventura, se inició con una apertura sin precedentes de cara a la sociedad. Se empezó por ser absolutamente transparentes frente a la prensa y facilitar su acceso e información. Además, por sostener un diálogo permanente con periodistas de todos los medios, escritos, televisados y radiales, rurales y nacionales, sobre los planes, proyectos, avances y obstáculos. Con esto se pretende elevar el nivel de conocimiento y cultura sobre el poder judicial y así evitar, la desinformación de la comunidad. Asimismo, se espera interesarlos en los aspectos positivos de la justicia y su papel en la sociedad para competir con la costumbre de cubrir los "sucesos", como único aspecto de interés en materia de justicia.

Se iniciaron una serie de reuniones con otros actores clave de la sociedad: abogados, políticos, empresarios para escuchar sus puntos de vista e informar sobre los planes y objetivos. Con el mismo fin, el Consejo Superior del Poder Judicial ha iniciado giras a todas las comunidades del país con resultados muy positivos. Se ha detectado, por ejemplo, que el ciudadano, tanto en el área rural como en la ciudad, tiene una percepción distorsionada sobre el papel del poder judicial. En ese sentido, de alguna forma lo vinculan con el aumento de la criminalidad, la falta de vigilancia y patrullas, en fin, con aspectos propios de otros agentes del sistema de justicia.

Es necesario aprovechar esos espacios para oír sus inquietudes y educar sobre el papel del poder judicial. Se está elaborando un video educativo para que sea distribuido en las escuelas, las comunidades y la prensa para tratar de corregir la desinformación que existe sobre su actuación. Un dato interesante en este sentido resalta en las encuestas de opinión: la popularidad es menor entre los que no han recurrido a los tribunales, que entre aquellos que lo han hecho. Eso es indicativo de una importante distorsión sobre su papel, y un desconocimiento sobre sus actividades y programas. Encuestas en varios lugares del continente demuestran que el 75% de la población no conoce o entiende el sistema judicial y las reglas que lo operan, de tal forma que este problema es generalizado¹².

Se trabaja también por perfeccionar la página web¹³, para que desde cualquier parte del país, niños, niñas o cualquier ciudadano tenga acceso a la historia del poder judicial, sus funciones, programas y proyectos, y puedan comunicarse en línea con magistrados para opinar, sugerir o criticar el quehacer judicial. La consolidación de este sistema permitirá ade-

¹² J. Rhenán, "Sociedad y Poder Judicial". en *La Nación*, 30 de mayo de 2000.

¹³ www.poder-judicial.go.cr

más la comunicación desde cualquier parte del mundo, e incluso consultar los expedientes y la jurisprudencia.

En ese afán por llegar al pueblo, al ciudadano promedio, se ha conseguido un espacio de una hora al mes¹⁴, en un programa radial de gran audiencia, para que en línea directa –vía telefónica–, el pueblo pueda conversar con magistrados y jueces sobre cualquier tema que le interese. A la vez, se busca aprovechar el espacio para informar sobre los avances, proyectos y programas.

De esta manera se busca establecer puentes entre los tribunales y la ciudadanía, para que esta entienda su importancia dentro de una democracia y recobre su confianza.

3. Un cambio en la mentalidad y cultura organizacional para orientarla al servicio al cliente

Naturalmente que un cambio filosófico de justicia-poder hacia justicia-servicio con la incorporación plena de la sociedad civil, obliga a proponer importantes reformas particularmente en el área de servicio, a través de herramientas de diagnóstico y control, que junto con las disciplinarias, coadyuven a mejorar la calidad en la atención y respuesta.

Con ese enfoque, se estima necesario crear una Contraloría de Servicios en el Poder Judicial, que facilite la comunicación entre usuarios y servidores, detecte problemas y busque soluciones que ayuden a mejorar la eficiencia en el servicio, no sólo por medio de la corrección sino de la prevención.

Esta oficina vendría a ser el complemento del Tribunal de la Inspección Judicial, para que aquellos asuntos que no merecen la aplicación del régimen disciplinario sean atendidos con máxima prontitud.

La Contraloría, además de contribuir al proceso de modernización, sin duda fortalecerá la credibilidad de la ciudadanía en la administración de justicia, favorecerá el impulso de la participación ciudadana en la fiscalización de la prestación del servicio y, al mismo tiempo, contribuirá al uso racional de los recursos públicos. Asimismo, coadyuvará a hacer efectivo el derecho de petición de la población en lo que concierne a su relación con el poder judicial, a fin de que los ciudadanos puedan manifestar su opinión sobre la calidad de los servicios que reciben y que se garantice que sus demandas serán atendidas y resueltas.

Pero indudablemente, la parte central del servicio es la respuesta del juez frente al ciudadano, por eso es indispensable orientar la cultura organizacional hacia un rescate del juez como aliado de la sociedad, como

¹⁴ El espacio es sólo durante este año ya que es un gesto de colaboración de la empresa. Lamentablemente, por falta de fondos resulta imposible continuar este esfuerzo en el futuro.

garante de los derechos ciudadanos, que busque la solución del conflicto por encima de excusas burocráticas, consciente de que su papel en la sociedad es determinante para las relaciones familiares, económicas, con el Estado, en fin, para la convivencia pacífica en general; un juez con una mentalidad abierta y con espíritu de servicio. Sin él, ningún intento por mejorar la imagen y credibilidad de la justicia será posible.

Con las acciones citadas, Costa Rica apuesta a la comunidad como su mejor aliado, para dirigir la modernización de la justicia y fortalecer el Estado de derecho. No se espera que por sí sola esta estrategia sea la panacea, pero viene a ser una herramienta clave hacia una justicia más democrática, abierta y transparente. Sin duda garantiza una fiscalización permanente que obliga a un mejoramiento continuo e ininterrumpido.

Para terminar, se mencionarán brevemente algunas otras acciones que se llevan a cabo con el fin de mejorar los indicadores que tradicionalmente se han venido trabajando en el campo de la reforma judicial:

La reforma procesal hacia la oralidad y la simplificación de los procesos

Se elaboró un ante-proyecto de Código General de Proceso, que aumenta significativamente el número de gestiones orales, buscando un mayor acercamiento entre jueces y partes, y una mayor simplificación y celeridad en los procesos; otro en materia procesal administrativa, que pretende renovar la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y actualizarla a los requerimientos modernos, con mayores armas para el ciudadano en el control de la administración.

Un aumento en el número de jueces

Se ha detectado como uno de los problemas que inciden en la mora judicial, un importante faltante de jueces. Esto obligó a dedicar un mayor esfuerzo presupuestario para incorporar en una fase inicial al menos 100 jueces y así lograr una carga razonable de trabajo.

Eliminación de jurisdicciones atípicas

También se trabaja en el análisis de la eliminación de las jurisdicciones atípicas que tienen un importante costo para la administración de justicia, resta recursos a otras áreas prioritarias, y distorsiona el papel que debe tener el poder judicial¹⁵.

Inversión tecnológica

Gracias al Programa de Mejoramiento de la Administración de Justicia, financiado con un préstamo del Banco Interamericano de Desa-

¹⁵ Es el caso de la desjudicialización de los partes sin oposición en materia de tránsito que representan más de 250.000 casos al año, y la reubicación de la Dirección General de Notariado, encargada del control disciplinario de los notarios, que sin ser materia jurisdiccional representa una carga presupuestaria importante, desviando fondos de otras áreas de la administración de justicia.

rollo se está haciendo una fuerte inversión para el mejoramiento de la gestión de los despachos, la informática jurídica y el fortalecimiento administrativo. Entre los proyectos se destaca el de Mejoramiento de la Gestión de los Despachos Judiciales que se orienta hacia la consolidación del expediente electrónico, el cual integra a través de un número único e irrepetible de expediente la información relevante y pertinente para los diversos niveles de tramitación. Esto permite a los operadores jurídicos contar con herramientas adecuadas para impulsar los procesos judiciales; un control de la gestión de los procesos y la información global de cada despacho. Se destaca también por su aporte a la seguridad jurídica, el Sistema Costarricense de Información Jurídica, cuyo objetivo es poner a disposición de los operadores jurídicos y público en general información completa y actualizada sobre la legislación vigente y la jurisprudencia judicial y administrativa, con el fin de coadyuvar a la labor de la administración de justicia. Para todo ello se desarrolló una infraestructura de interconexión de los circuitos judiciales vía centrales telefónicas, para la consolidación de una red de área local Intranet y una extendida Internet. En términos de brindar un mayor acceso y facilidad a los usuarios se encuentra la ejecución de la fase final de un programa de giro automático de dinero por medio de bancos, producto de procesos judiciales, tales como pensiones alimentarias, alquileres y otros. Gracias a este proyecto, el usuario que se beneficia de un giro de dinero por razón de un proceso judicial, puede retirarlo en cualquier agencia de un banco del Sistema Bancario Nacional. Se ha trabajado intensamente para brindar una mejor información al público, con lo cual se ofrecen diversas alternativas para conocer el estado de los procesos judiciales, ya sea vía telefónica o por internet, y con terminales en los edificios judiciales para un autoservicio. Otro servicio de información que se brinda es a grandes usuarios, mediante comunicación directa con los computadores del poder judicial.

Un trabajo planificado –no improvisado–, adaptado a las necesidades particulares del país, integral y comprensivo de todas las áreas importantes para una justicia eficiente, con la persona como eje central de actuación y a través de una alianza estratégica con la sociedad civil, es la política que actualmente intenta el país hacia la búsqueda de una justicia transparente, eficiente, igualitaria, que inspire confianza y contribuya al desarrollo económico y democrático del país.

A manera de conclusión

La naturaleza intrínsecamente compleja y delicada de los poderes judiciales, y su importancia como aspecto medular de la consolidación democrática y de la eficiencia económica, obligan a hacer todo el esfuerzo posible por fortalecerlos, especialmente en momentos en que el panorama político en Latinoamérica tiende a complicarse. Sin embargo, la tarea del rescate de poderes judiciales eficientes no se puede emprender con viabili-

dad, sin la participación y asistencia de la Banca Internacional, las agencias de desarrollo, las fundaciones con fines sociales, y el apoyo político y financiero interno en cada país.

En el camino de la reforma judicial no existen fórmulas mágicas ni perfectas. Los diferentes contextos socioeconómicos y políticos determinan la estrategia más apropiada para cada país. Costa Rica intenta, luego de varios años en el proceso de reforma judicial, un enfoque diferente, con una justicia de cara al ciudadano, que le permita una fiscalización permanente que la obligue a un mejoramiento continuo y coadyuve al rescate de su credibilidad.

Esta es una estrategia arriesgada, pero una herramienta clave hacia una justicia más democrática, abierta, transparente y efectiva.

Bibliografía

- IGLESIAS, E., Conferencia dictada el 19 de mayo de 2000 en el Teatro Nacional, San José, Costa Rica.
- PRILLAMAN, William, *Judicial Reform and Democratic consolidation in América Latina*, University of Virginia, 1999.
- RHENÁN, J., "Sociedad y poder judicial", en *La Nación*, 30 de mayo de 2000.
- RIVERA-CIRA, T., *El sector justicia y la reforma judicial en la República Dominicana*, primera edición, marzo de 2000.
- RUBIO, M. (1995), "Crimen y crecimiento en Colombia". *Coyuntura económica*, citado por Martínez, N., *Rule of Law and Economic Efficiency*, 1998, Inter American Development Bank.
- TOHARÍA, J. "La independencia judicial y la buena justicia", en revista *Justicia y Sociedad* No. 3, 1999.
- VARELA DAVID, F., "El Banco Mundial y la reforma judicial en América Latina", conferencia dictada en la Universidad Complutense de Madrid, octubre de 1999.